Die aktienrechtliche Untreue.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Walter Innecken
aus Dahme (Mark)
z. Zt. Referendar am Landgericht I Berlin

Approbiert am 6. Februar 1930.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

30:153

Referent:
Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die aktienrechtliche Untreue.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1—3
§ 2.	Begriff und Wesen der aktienrechtlichen Untreue	4—8
§ 3.	Die Subjekte der aktienrechtlichen Untreue	8—15
	I. Im Allgemeinen	8—9
	II. Im Besonderen:	
	a) Die Vorstandsmitglieder und deren Stellvertreter	9—11
	b) Die Aufsichtsratsmitglieder	11—12
	c) Die Liquidatoren	12—13
	d) Andere Organmitglieder, insbesondere die von der Generalversammlung ernannten Revisoren	13—15
§ 4.	Die Untreue der Vorstandsmitglieder	15—32
	a) bei Bestehen der Gesellschaft	15—31
	b) bei Gründung der Gesellschaft	31—32
§ 5.	Die Untreue der Liquidatoren	32—34
§ 6.	Die Untreue der Stellvertreter der Vorstandsmitglieder und der Liquidatoren	34—35
§ 7.	Die Untreue der Aufsichtsratsmitglieder	35—45
§ 8.	Beginn und Beendigung des Treuverhältnisses der Organmitglieder zur Aktiengesellschaft	45—48
§ 9.	Die Folgen der Untreue	48—50
	a) Widerruf	48—49
	b) Kündigung	49
	c) Entlassung	49
	d) Suspension	50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0102

Literaturverzeichnis.

Bauer, Josef: Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Leipzig 1900.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Buttersack, Hans: Die Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft aus schädigender Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft, Aktionären, Gesellschaftsgläubigern und Dritten. Rostock 1904.

Cahn, Adolf: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Berlin und Leipzig 1907.

Drenkmann, Gottfried: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Jena 1913.

Elsaesser, Friedrich: Die zivilrechtliche Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Heidelberg 1913.

Esser, R. u. F.: Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Berlin 1899.

Falk, Otto: Die Reform des Aufsichtsrats der deutschen Aktiengesellschaften. Würzburg 1914.

Gareis, Karl: Das deutsche Handelsrecht. 8. Auflage. Berlin 1909.

Guntzinger, Peter: Die Vertretungmacht des Vorstandes der Aktiengesellschaft. Borna-Leipzig 1902.

Gwalter, Hans: Die zivilrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft nach dem HGB. vom 10. Mai 1897. Leipzig 1909.

Hagen: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42: Ueber die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der AG. 6. Folge. Berlin 1898.

Hampel, Kurt: Die Entlastung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Breslau 1911.

Herrmann, Friedrich: Die Untreue des § 266 StGB. und die verwandten Tatbestände in den Nebengesetzen, sowie ihre Behandlung in den deutschen Entwürfen. Köln 1926.

Holdheim: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 12. Jahrgang 1903.

Kaiser, Joseph: Die zivilrechtliche Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaften und Genossenschaften. München 1897.

Katz, Edwin: Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und das Seehandelsstrafrecht. II. Auflage. Berlin 1902.

Kneller, Ludwig: Die rechtliche Stellung der stellvertretenden Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Heidelberg 1913.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches vom 10. 5. 97. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929.
Küntzel: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, seine Rechte und Pflichten. Leipzig 1902.
Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Halbband. Berlin und Leipzig 1921.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch (Kommentar) 1. Band. Berlin 1902.
Litthauer, F.: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 97 unter Ausschluß des Seerechts. Berlin 1898.
Makower, F.: Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Auflage. Berlin 1898.
Meyer, Alexander: Das Aktienrecht. Buch II, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 97. Berlin 1900.
v. Meyer: Die zivilrechtliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft. Leipzig 1903.
Nathan, Bruno: Der Vorstand der Komanditgesellschaft auf Aktien. Erlangen 1911.
Nockher, Ludwig: Der Gläubigerschutz im Aktienrecht. Straßburg 1910.
Peters, Karl Hans: Sittenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften. Göttingen 1926.
Pinner, Albert: Das deutsche Aktienrecht, Kommentar. Berlin 1899.
Renaud: Die Aktiengesellschaften.
Richelmann, Karl: Die rechtliche Stellung und die Funktionen des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft. Leipzig 1910.
Rosenfeld, Waldemar: Die strafrechtliche Stellung der Organe der Aktiengesellschaft. (Ein Beitrag zur Lehre des reinen Aktienstrafrechts.) Greifswald 1912.
Rosenwald, Carl: Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften. München 1898.
Sattler, Heinrich: Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften. Berlin 1893.
Sehling, Emil: Deutsches Handelsrecht. Hamburg 1924.
Simeon-David: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Band, 1.Hälfte. Berlin 1923.
Simeon: „Kritische Erörterungen aus dem Gebiete des Handelsregisters und der rechtlichen Organisation der Aktiengesellschaften" in der Festausgabe für Rießer. Berlin 1921.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Band, 2. Halbband, 11. Auflage. Berlin 1921.
Stier-Somlo: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften. Leipzig 1905.
Stöcker, Wilhelm: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften. Heidelberg 1911.
Velti, August: Die Organisation der Aktiengesellschaften. Berlin 1890.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.
des Reichsoberhandelsgerichts = ROHG.
des Reichsgerichts in Strafsachen = RGSt.
Juristische Wochenschrift = J. W.
Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht = LZ.
Holdheim Monatsschrift für Handelsrecht = Hold.-Mon.
Warneyers Rechtssprechung des Reichsgerichts = W.

Die aktienrechtliche Untreue.

§ 1. Einleitung.

Infolge des großen Aufschwungs von Handel und Industrie in Deutschland um die Mitte des 19. Jahrhunderts machte sich das Bedürfnis geltend, das Recht der Aktiengesellschaften gesetzlich zu regeln. Preußen folgte dem Beispiel Frankreichs, welches zum ersten Male in dem code de commerce vom 15. 9. 1807 Bestimmungen über die Aktiengesellschaften — es sind nur 13 Artikel — aufgenommen hatte, und erließ am 3. 11. 1838 ein Gesetz über die Eisenbahnaktiengesellschaften, dem schon am 9. 11. 43 eine gesetzliche Regelung für die Aktiengesellschaften im allgemeinen folgte. Hierin wurde als Erfordernis für die Errichtung einer Aktiengesellschaft die staatliche Genehmigung vorgeschrieben, sog. Konzessionssystem, während das bisherige Prinzip der Privilegierung fallen gelassen wurde. Durch die Einführung des Konzessionssystems hatte sich der Staat eine Oberaufsicht vorbehalten, die als ein ausreichender Schutz des Publikums gegen Ausbeutung durch leichtfertige und schwindelhafte Gründungen gelten sollte (Künzel a. a. O. S. 8). Bei größeren Unternehmungen aber wurde es üblich, wegen der „Unbeholfenheit der Generalversammlung und wegen der sonstigen, diesem Organ anhaftenden Mängel" (Renaud, Seite 625) einen Verwaltungsrat, auch Aufsichtsrat genannt, einzuführen, der von den Aktionären gewählt wurde und die Geschäftsführung des Vorstandes zu beaufsichtigen hatte. Das alte deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 hatte gegen dieses Institut nichts einzuwenden und begnügte sich, für den Fall des Vorhandenseins eines solchen seine Funktionen gesetzlich zu regeln (siehe Art. 225, 226, 231 des a. HGB.). Doch das Fehlen von Bestimmungen über seine Verantwortlichkeit ließ den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat nicht recht zur Geltung kommen: seine Existenz hatte keine große Bedeutung.

Erst die sog. erste Aktiennovelle vom 11. 6. 1870 betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften brach mit dem Konzessionssystem, führte an dessen Stelle das System der Normativbestimmungen ein und machte für die neu zu errichtenden Aktiengesellschaften den Aufsichtsrat zu

einem obligatorischen Organ. Der Aufsichtsrat sollte die nun fehlende Staatsaufsicht ersetzen. Seine Rechte und Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft wurden erheblich erweitert, und zivil- und strafrechtliche Normen sollten dafür sorgen, daß der Aufsichtsrat seine Machtstellung nicht mißbraucht. Wie es bei jedem tief eingreifenden Gesetz der Fall ist, wurden auch hier Stimmen laut, die ihre Bedenken und Befürchtungen äußerten, und zwar in dem Sinne, daß der Fortfall der Staatsaufsicht viel Unheil anstiften würde. Selbst in den Motiven zu dem genannten Gesetz heißt es:

„Daß unmittelbar nach Fortfall der Staatsgenehmigung eine Periode des Aktienschwindels eintreten werde, ist eine Befürchtung, die sich ebensowenig begründen als widerlegen läßt. Möglich ist das Eintreten einer solchen Uebergangskrise allerdings, deren vorübergehende Nachteile indessen zur Erreichung eines dauernden besseren Zustandes ertragen werden müssen" (stenograph. Bericht I. Leg.-Periode Bd. III S. 650).

Wie sehr diejenigen, die ihre warnende Stimme vor Erlaß des Gesetzes erhoben hatten, recht behielten, bewiesen die nun folgenden Jahre, die sog. Gründerjahre, in denen eine Reihe schlecht fundierter Gesellschaften ins Leben gerufen wurde und der Gründerschwindel blühte. Einige statistische Zahlen, die geeignet sind, die damaligen Verhältnisse zu beleuchten, mögen kurz erwähnt werden: bis zum Jahre 1871 bestanden in Deutschland überhaupt nur 203 Aktiengesellschaften. In den sog. Gründerjahren, der Zeit von 1871—73, wurden insgesamt 843 Aktiengesellschaften gegründet mit einem nominellen Gesamtkapital von ca 2½ Milliarden. Daß diese Neugründungen sich nicht halten konnten, lag einerseits an dem Mißverhältnis zwischen dieser starken Kapitalsanhäufung und der Absatzmöglichkeit, andererseits aber an den hohen, jedes gedeihliche Arbeiten ausschließenden Gründergewinnen. Die Krisis war unvermeidlich und brachte zahlreiche Liquidationen und Konkurse. In dieser Zeit gingen hunderte von Millionen dem deutschen Nationalvermögen verloren (Falk a. a. O. S. 15 ff.).

So kam es, daß schon im März 1875 der Abgeordnete Lasker dem Reichskanzler die Frage vorlegte, ob die Reichsregierung nicht durch eine Neuregelung des Aktienrechtes dafür Sorge tragen wolle, daß diesen unhaltbaren Zuständen gesteuert würde (Meyer a. a. O. S. 9). Nach langwierigen Vorarbeiten und unter Zugrundelegung der Erfahrungen, die besonders Frankreich und England im Aktienrecht gemacht hatten, kam die sog. 2. Aktiennovelle, das Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 84, zustande. In umfassenderer Weise als bisher war in diesem Gesetz das Aktienrecht und vor allem das Institut des Aufsichtsrats, der vorher völlig versagt hatte, gesetzlich geregelt. Um eine Wiederholung

der Katastrophe der 70er Jahre zu vermeiden, zielte das Gesetz besonders darauf ab, die Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen, des Vorstandes und des Aufsichtsrates zu erhöhen, indem es scharfe strafrechtliche Bestimmungen aufstellte und die zivilrechtliche Haftung erweiterte. Außerdem wurde der Oeffentlichkeit ein Einblick in die Gründervorgänge und in die Verwaltung gewährt, sofern hierdurch kein direkter Nachteil für die Gesellschaft zu befürchten war (Rosenfeld a. a. O. S. 12). Diese Novelle bildete im Wesentlichen die Grundlage für das Aktienrecht im neuen deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Aus dieser kurzen geschichtlichen Darstellung der Entwicklung der aktienrechtlichen Gesetzgebung erkennen wir deutlich, welches Problem der Gesetzgeber zu bewältigen hatte, nämlich das Problem, durch geeignete gesetzliche Bestimmungen einerseits den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft einen hinreichenden Schutz gegen Uebergriffe des Vorstandes und Aufsichtsrates zu gewähren, andererseits die Machtstellung des Vorstandes und Aufsichtsrates so abzugrenzen, daß eine gewinnbringende Tätigkeit gesichert wurde. Die Hauptschwierigkeit lag nicht so sehr bei der Gestaltung des Vorstandes, als vielmehr bei der des Aufsichtsrates, denn dieser sollte die gesamte Tätigkeit des Vorstandes überwachen. Er sollte als obligatorisches Organ von der Generalversammlung gewählt werden, mithin eine Vertrauensstelle einnehmen. Der Gesetzgeber hat dieses Problem in hervorragender Weise gemeistert, insbesondere dadurch, daß er den Richter nicht an starre, formale Rechtssätze gebunden hat, sondern dem richterlichen Ermessen großen Spielraum gelassen hat, die Entscheidung von Streitfragen den Erfordernissen des einzelnen Falles anzupassen.

Wenn trotzdem hier und da, — und gerade in der Nachkriegszeit mehrten sich die Fälle — Unregelmäßigkeiten des Vorstandes und des Aufsichtsrates vorkommen, so liegen die Wurzeln dieses Uebels weniger in den hervortretenden Mängeln des Rechts der Aktiengesellschaften, als vielmehr in Natur und Charakter der Menschen, in menschlichen Fehlern und sittlichen Defekten (Stier-Somlo a. a. O. S. 7). Gegen persönliche Pflichtwidrigkeiten gibt es eben kein Heilmittel und durch Gesetzesvorschriften kann man keinen Zusammenbruch einer Gesellschaft verhüten.

Aufgabe dieser Abhandlung ist, den für die Praxis überaus wichtigen Begriff der aktienrechtlichen Untreue vom zivilrechtlichen, nicht vom strafrechtlichen Gesichtspunkte näher zu bestimmen, ungetreues Verhalten der hierfür im Aktienrecht in Frage kommenden Personengruppen und die Folgen eines solchen Verhaltens darzustellen. Daß hierbei auch teilweise strafrechtliche Gesichtspunkte zur Sprache kommen müssen, liegt im Begriff und Wesen der Untreue.

§ 2. Begriff und Wesen der aktienrechtlichen Untreue.

Jeder, der es auf sich genommen hat, fremdes Vermögen zu verwalten, oder dazu bestellt ist, über fremde Vermögensmassen zu verfügen, hat eine Vertrauensstellung inne, mit a. W. er steht zu seinem Auftraggeber in einem Treuverhältnis. Dieses Treuverhältnis äußert sich darin, daß der Beauftragte getreu den Anweisungen seines Auftraggebers nach bestem Gewissen die ihm anvertrauten Vermögensmassen zu verwalten hat. Geht dieser Beauftragte über seine Rechte und Pflichten hinaus, und zwar vorsätzlich, handelt er den Anweisungen seines Auftraggebers vorsätzlich zuwider, so bricht er damit das Treuverhältnis: er ist untreu.

Wie schon in den einleitenden Worten dieser Abhandlung angedeutet worden ist, beruht auch das Verhältnis der Aktionäre zu den Organen der Gesellschaft vor allem auf Vertrauen, das die ersteren den letzteren entgegenbringen. Denn die leitenden Persönlichkeiten einer Aktiengesellschaft können fast unbeschränkt über das Vermögen der Gesellschaft verfügen und nach Gutdünken darüber schalten und walten. Für die Praxis der Gerichte ist es daher von außerordentlicher Bedeutung, den Begriff der Untreue im Aktienrecht vom zivilrechtlichen Standpunkt zu definieren, da das Gesetz an ein untreues Verhalten für den Täter schwerwiegende Folgen knüpft.

Den Weg dazu weisen uns die §§ 241, 249 und 312 HGB. Nach § 241 HGB. haben die Mitglieder des Vorstandes bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden und haften, wenn sie ihre Obliegenheiten schuldhaft verletzen, der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden. In entsprechender Weise bestimmt § 249 HGB. für die Mitglieder des Aufsichtsrates:

„Die Mitglieder des Aufsichtsrates haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden."

§ 241 regelt nur die Pflichten der Vorstandsmitglieder in Bezug auf die Geschäftsführung (anders § 249 für die Aufsichtsratsmitglieder: „bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten"). Nun hat aber das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft noch andere Pflichten zu erfüllen, die aus der Vertrauensstellung, aus dem Treuverhältnis gegenüber der Gesellschaft fließen. Die Verletzungen dieser Pflichten sollen, auch wenn sie nicht zugleich Verletzungen „bei der Geschäftsführung" im Sinne des § 241 HGB. sind, nach dem Grundgedanken des § 312 HGB., der schlechthin jedes absichtliche Handeln zum Nachteil der Gesellschaft bestraft, mitbetroffen werden. Das Vorstandsmitglied darf

eben Interessen seiner Gesellschaft niemals in irgendeiner Weise hintansetzen.

Unter der im Gesetz (§§ 202—204, 241, 249, 347 HGB.) immer wiederkehrenden „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" ist mit Staub § 202, Anm. 9 (vergl. auch Lehmann-Ring § 202 Nr. 5, Esser § 202 Anm. 3, Makower § 241 Anm. 1, Pinner § 241 Anm. II, 1) eine solche Sorgfalt zu verstehen, wie sie ein ordentlicher Mann, der geschäftliche Unternehmungen der betreffenden Art für eigene Rechnung leitet, aufzuwenden pflegt. Handelt es sich um kaufmännische Unternehmungen, so muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes aufgewendet werden. Daß das Gesetz den Ausdruck „Geschäftsmann" im Gegensatz zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes wählt, geschieht deswegen, weil die Unternehmungen der Aktiengesellschaften auch anderer als kaufmännischer Art sein können. Das Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates als solches ist nicht „Kaufmann" im Sinne des Gesetzes (vgl. Staub § 202, Anm. 5). Die Motive zur Aktiennovelle von 1884, der Grundlage des heutigen HGB., äußern sich hierzu eingehend (abgedruckt bei Bauer a. a. O. S. 145):

„In Berücksichtigung der bürgerlichen Rechtssätze und im Hinblick darauf, daß Männer, welchen die gehörige Geschäftskenntnis fehlt, im Interesse der Gesellschaften und des Publikums von der wichtigen Stellung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes ferngehalten werden müssen, kann es nicht bedenklich sein, vorzuschreiben, daß jedes Mitglied bei den ihm übertragenen Geschäften die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden habe. Der Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" fällt mit dem der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in der Anwendung auf geschäftliche Verhältnisse zusammen."

Darauf folgt, daß nicht die Sorgfalt entscheidet, die das betreffende Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates in seinen eigenen Angelegenheiten gewöhnlich anzuwenden pflegt. Denn das Mitglied dient im Vorstand oder Aufsichtsrat lediglich der Gesellschaft, einem selbständigen Rechtssubjekt, und führt nicht seine, sondern der Gesellschaft Geschäfte, ohne Rücksicht darauf, ob Gesetz, Gesellschaftsstatut, Anstellungsvertrag oder Beschluß der Generalversammlung seine Rechte und Pflichten regeln (vergl. hierzu RGZ. 13, 45). Vielmehr ist unter dieser Sorgfalt das Maß von Umsicht zu verstehen, das ein normaler, gewissenhafter Mensch nach den jeweiligen Verhältnissen zu beobachten hat, wobei die Anschauungen eines gewissen engeren Verkehrskreises und die typischen Eigenschaften eines solchen nicht außer acht zu lassen sind, soweit es sich nicht um eine Unsitte handelt (vergl. Koenige § 347, Anm. 1, auch RGZ. 83, 75; 102, 49; 105, 83). Hierbei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch schon die Definition des Wortes „Obliegenheiten", d. h. was unter Obliegenheiten im Sinn der §§ 241, 249 HGB. zu verstehen ist. Nicht allein die den leitenden Organen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sind damit gemeint, sondern unter „Obliegenheiten" im Sinne der angeführten Paragraphen sind auch die Aufgaben zu verstehen, die durch Gesellschaftsstatut, Anstellungsvertrag oder gültige Anweisung der Generalversammlung den Pflichtenkreis der Organe erweitern. Der Begriff „Obliegenheiten" ist daher im weitesten Sinne zu nehmen.

Wenngleich diese allgemeinen Erörterungen über die anzuwendende Sorgfaltspflicht nur deshalb herangezogen werden, um hinsichtlich der Feststellung das Maß der anzuwendenden Sorgfalt zu bestimmen, da sich die Frage der Fahrlässigkeit nur im einzelnen Fall und nur unter Würdigung der sämtlichen einschlägigen Verhältnisse beantworten läßt, (so herrschende Meinung) — der Kaufmann, der Jurist, der Ingenieur werden danach oft ein verschiedenes Maß von Sorgfalt zu prästieren haben, je nachdem es sich mehr um kaufmännische, juristische oder technische Angelegenheiten handelt (Künzel a. a. O. Anm. 176) —, so sind sie dennoch für den hier zu findenden Begriff der Untreue von maßgebender Bedeutung.

Wie schon erwähnt, stehen diejenigen, die das Vermögen einer Aktiengesellschaft verwalten, zu dieser in einem Vertragsverhältnis (darüber hinaus später). Schon nach dem allgemeinen Grundsatz des § 276 BGB. hat der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. In Anwendung dieser allgemeinen Vorschrift wird daher gegen die Sorgfalt der §§ 241, 249 HGB. verstoßen, wenn vorsätzlich und fahrlässig die Obliegenheiten nicht so ausgeführt werden, wie es ein ordentlicher Geschäftsmann getan hätte.

Es fragt sich also, welches Verschulden, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit, zum Begriff der Untreue gehört. Streng juristisch werden wir diese Frage nicht lösen können. Wir müssen uns vielmehr vor Augen halten, was nach der allgemeinen Lebensauffassung unter Untreue oder untreu handeln zu verstehen ist. Handelt der im Treuverhältnis zu seinem Auftraggeber Stehende nach den Anweisungen des Auftraggebers und so, wie Treu und Glauben es erfordern, so handelt er pflichtgemäß, mit anderen Worten: treu Verletzt er seine Pflichten, so kommt es darauf an, welches Verschulden ihn trifft, um ihm den Vorwurf der Untreue zu machen. Schon der Sprachgebrauch deutet darauf hin, daß Voraussetzung einer Untreue ein bewußtes vorsätzliches Verhalten ist. Eine Fahrlässigkeit bei Erfüllung der Obliegenheiten kann nicht als Untreue gewertet werden. Wie leicht kommt es vor, daß aus Versehen oder infolge übermäßiger Arbeit dieser oder jener Fehler gemacht wird. Dieses Verschulden aber als Untreue zu bezeichnen, gewissermaßen als ein

ehrenrühriges Verhalten hinzustellen, welches den Beigeschmack einer strafbaren Handlung in sich trägt, wird niemandem einfallen. Wohl aber kann man von Untreue sprechen, wenn der Treuverpflichtete die ihm durch Gesetz, Gesellschaftstatut oder Anstellungsvertrag auferlegten Pflichten vorsätzlich verletzt oder den Anweisungen des Auftraggebers vorsätzlich zuwiderhandelt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob aus dieser vorsätzlichen Zuwiderhandlung ein Schaden entsteht oder nicht. Ein ungetreues Verhalten liegt eben schon dann vor, wenn der Treuverpflichtete vorsätzlich die Grenzen seiner Befugnisse überschreitet (Künzel a. a. O. S. 52, RGZ. 18, 76).

Unter Vorsatz versteht das Gesetz ein bewußt pflichtwidriges Handeln; der Handelnde muß seine Verpflichtung erkannt und deren Verletzung geradezu gewollt oder doch als den Erfolg seiner Handlung vorausgesehen haben (vergl. RGZ. 57, 241; 58, 214; 62, 139). Daß nicht allein Handlungen, sondern auch vorsätzliche Unterlassungen die Untreue herbeiführen können, dürfte unter Berücksichtigung allgemeiner strafrechtlicher Grundsätze herrschende Meinung sein. Deshalb ist Vorsatz auch das gewollte Unterlassen eines pflichtmäßig gebotenen Tuns.

Zusammenfassend kann man zivilrechtlich die aktienrechtliche Untreue folgendermaßen definieren:

> „Die aktienrechtliche Untreue ist die vorsätzliche Verletzung der im Aktienrecht bei Erfüllung der Obliegenheiten anzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes."

Diese Begriffsbestimmung der aktienrechtlichen Untreue wird die Grundlage für die im folgenden darzulegenden einzelnen Untreue-Tatbestände bilden.

An dieser Stelle ist es angebracht, kurz den strafrechtlichen Begriff der Untreue zu erwähnen, um sich den Unterschied zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Untreue-Begriff klarzumachen. Nach § 312 HGB., der dem § 266 StGB. nachgebildet ist, werden Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder Liquidatoren bestraft, wenn sie absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln. Unter Handeln versteht das Strafrecht, wie schon erwähnt, auch absichtliches pflichtwidriges Unterlassen, z. B. die absichtliche Unterlassung der Anstrengung eines Prozesses, so daß der Gesellschaft daraus ein Schaden erwächst. Der Begriff „absichtlich" deckt sich hier mit dem Begriff „vorsätzlich" oder „wissentlich", was sowohl in der Wissenschaft wie Praxis herrschenden Meinung ist (vergl. RGSt. 7, 279; 53, 194; LZ. 1919, 650). Es braucht nicht etwa eine besondere, auf Benachteiligung hinzielende böse Absicht vorzuliegen, sondern es genügt das Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung den benachteiligten Erfolg hat. (So auch Staub § 312 Anm. 8 und RGSt. 1, 339; 7, 282; 26, 137.) Nicht

dagegen genügt das Bewußtsein einer möglichen Benachteiligung, da im geschäftlichen Leben meist mit dem Bewußtsein Geschäfte abgeschlossen werden, daß sie auch unglücklich auslaufen, also statt des erhofften Gewinnes auch Schaden bringen können. Ferner verlangt das Strafrecht, daß der Gesellschaft ein Nachteil, d. h. eine Vermögensbeschädigung, aus diesem Handeln erwächst. Ja, es genügt schon die bloße Vermögensgefährdung, nur muß sie über das gewöhnliche geschäftliche Risiko hinausgehen. Strafrechtliche Untreue ist daher ein absichtliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft.

Der strafrechtliche Untreuebegriff verlangt also den Eintritt eines Vermögensnachteils, der zivilrechtliche nicht. Darin liegt der Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Untreue. Vom zivilrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, ist ein Schaden als Folge der vorsätzlichen Handlung nicht erforderlich, denn Untreue liegt schon, wie wir bewiesen haben, in der vorsätzlichen Pflichtverletzung. Schlägt diese allerdings zum Schaden der Gesellschaft aus, so macht sich der Handelnde schadensersatzpflichtig. Ein Beispiel möge dies näher erläutern: der Vorstand einer Aktiengesellschaft schließt bewußt ohne Genehmigung der Generalversammlung ein Geschäft ab, obwohl er es nur mit Genehmigung hätte abschließen dürfen. Hierin liegt eine unberechtigte vorsätzliche Handlungsweise, also eine zivilrechtliche Untreue gegenüber der Aktiengesellschaft, die, wenn sie zum Schaden ausschlägt, zum Schadensersatz verpflichten würde. Die Vorstandsmitglieder können sich nicht damit entschuldigen, daß sie nur das Beste der Gesellschaft im Auge gehabt haben. Trotzdem sind sie aber strafrechtlich nicht verantwortlich zu machen, es hat ihnen beim Handeln die Absicht gefehlt, ein nachteiliges Geschäft für die Gesellschaft abzuschließen.

§ 3. Die Subjekte der aktienrechtlichen Untreue.

I. Im Allgemeinen.

Man wird bei der Frage, welche Personen im Aktienrecht Untreue begehen können, davon ausgehen müssen, daß als Täter nur physische Personen in Betracht kommen können und daß ferner diese Personen in einem Treuverhältnis zur Aktiengesellschaft stehen müssen. Denn eine Aktiengesellschaft kann nur durch physische Personen regiert werden und nur durch diese im Rechtsverkehr nach außen handelnd auftreten. Physische Personen müssen daher ihre gesetzlichen Vertreter sein, um Rechtshandlungen vornehmen zu können, physische Personen müssen auf die Geschäftsführung bestimmend einwirken. Die wichtigste Voraussetzung ist jedoch ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, deren Grundlage die Treue ist. Es scheiden damit von vornherein die Gründer, Gründergenossen und die Aktio-

näre aus. Gründer und Gründergenossen sind zwar physische Personen, stehen aber zur Aktiengesellschaft in keinem Vertragsverhältnis. Weder sind sie von derselben beauftragt, noch haben sie deren Geschäfte ohne Auftrag geführt. Nicht einmal ein vertragsähnliches Verhältnis, wie Behrend S. 762 Anm. 20 sagt, ist zwischen der noch gar nicht bestehenden Gesellschaft und den Gründern zu konstruieren. Dieselbe Ansicht teilt auch das Reichsgericht, RGZ. 10, 76. Zwar bestehen hinsichtlich der Gründer, Gründergenossen und Emittenten von Aktien einige Normen, z. B. §§ 202, 203 HGB., die eine Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft feststellen, aber diese Haftung ist nur auf die allgemeine außerkontraktliche Verantwortlichkeit zurückzuführen. An und für sich könnte die weitgehende Bestimmung des § 823 BGB. Anwendung finden, doch hat das HGB. diese Materie in den §§ 202, 203 aktienrechtlich besonders geregelt. Von einer Verletzung einer Treupflicht bei unerlaubten Handlungen kann bei diesen Personen nicht die Rede sein, es fehlt das Vertrauensverhältnis. Das gleiche gilt von den Aktionären, die lediglich durch Erwerb von Aktien ein Mitgliedsrecht erlangen. Wenn auch aus dieser Mitgliedschaft Rechte und Pflichten hervorgehen, so begründet sie dennoch nicht ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, dessen Grundlage die Treue ist. Das folgt schon daraus, daß bei einer Aktiengesellschaft weniger die Person des Mitglieds, als die Einlagesumme eine Rolle spielt. Die Satzung kann zwar die Zulässigkeit der Uebertragung von Aktien von der Zustimmung der Aktiengesellschaft abhängig machen, so daß eine gewisse Wahl der Aktionäre ausgeübt werden kann, aber im Leben sind derartig gebundene (sog. vinkulierte) Aktien doch Ausnahmen. Die Regel bildet der freie Erwerb von Mitgliedschaftsrechten.

II. Im Besonderen.

a) Als Körperschaft besitzt die Aktiengesellschaft Organe, durch welche sie mit der Außenwelt handelnd in Berührung kommt. Im Gegensatz zu den gewöhnlichen Vereinen mit Rechtsfähigkeit, die nur den Vorstand als gesetzliches Organ haben müssen, muß jede Aktiengesellschaft drei Organe haben: Generalversammlung, Vorstand, Aufsichtsrat. Weitere Organe kann die Satzung vorsehen. Daß dies gesetzlich zulässig ist, folgt aus der Fassung des § 235 HGB. (... oder daß für einzelne Rechtsgeschäfte die Zustimmung eines anderen Organs der Gesellschaft erfordert wird), auch aus § 266 HGB., welcher speziell die Einsetzung von Revisoren durch die Generalversammlung zuläßt.

Die Generalversammlung ist das Organ, durch welches die Aktionäre durch Beschlußfassung diejenigen Rechte ausüben, welche ihnen in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbeson-

dere in Bezug auf die Führung der Geschäfte zustehen (§ 250 HGB.) Die Generalversammlung ist nicht eine Versammlung aller Aktionäre, sondern, wie Staub § 250 Anm. 2 sich ausdrückt, „eine Versammlung, an der teilzunehmen allen Aktionären das Recht zusteht und Gelegenheit gegeben wird". Gewöhnlich wird die Generalversammlung als oberstes Willensorgan der Gesellschaft bezeichnet. Von der Generalversammlung als Organ der Gesellschaft sind streng die einzelnen Aktionäre zu scheiden. Diese stehen, wie schon erwähnt, in keinem Vertrauensverhältnis zur Aktiengesellschaft und scheiden daher bei der Erörterung der aktienrechtlichen Untreue aus.

Wenn § 231 HGB. bestimmt: „die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten," so ist damit die rechtliche Stellung des Vorstandes nicht erschöpfend angegeben. Er ist zwar der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, aber auch ihr oberstes geschäftsführendes Organ (Staub § 231 Anm. 1). Lehmann-Ring § 231 Nr. 1 bezeichnet ihn zutreffend als das erforderliche ständige Organ für die Ausführung des Gemeinwillens. Der Vorstand ist durch das Gesetz geschaffen, unabhängig von dem Willen der Gesellschaftsmitglieder. Das Gesetz gibt ihm die Gewalt und begrenzt die Gewalt. Seine Handlungen sind nicht die eines Vertreters, sondern Handlungen der Aktiengesellschaft selbst. Infolgedessen besteht zwischen dem Vorstand als Organ und der Aktiengesellschaft kein Vertragsverhältnis.

Von diesem gesetzlich vorhandenen Organ „Vorstand" wohl zu unterscheiden ist die Berufung des einzelnen Mitglieds in den Vorstand, die Bestellung als Vorstandsmitglied. Diese Bestellung ist keine Bevollmächtigung im Sinne des BGB., sondern „ein Akt gesellschaftsrechtlicher, verfassungsrechtlicher Natur" (Sehling a. a. O. S. 168). Denn der Bestellte wird nicht Vertreter, sondern Organ der Gesellschaft. Daneben steht der mit jedem einzelnen Vorstandsmitglied abzuschließende Vertrag, durch den das Vorstandsmitglied sich verpflichtet, die ihm aus Gesetz, Statut oder aus diesem Vertrag entspringenden Funktionen eines Vorstandsmitgliedes getreu zu erfüllen. Die rechtliche Natur dieses Vertrages kann verscheiden sein, je nachdem das Vorstandsmitglied seine Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich ausübt.

Wird das Vorstandsmitglied gegen Entgelt, sei es Gehalt, sei es Tantieme oder eine sonstige Vergütung tätig. so liegt ein Dienstvertrag vor, und zwar ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.) (vergl. Staub § 231 Anm. 24; Makower § 231 VI; Pinner § 231 VII; Lehmann-Ring § 231 Nr. 10; J, W. 1915, 653). Die Natur dieses Vertragsverhältnisses ist nicht die des Dienstvertrages zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal, denn die Vorstandsmitglieder sind gegenüber den Handlungsgehilfen der Aktiengesellschaft

selbst Prinzipale sog. „konkrete“ Prinzipale. Die Vorschriften über die Handlungsgehilfen sind daher weder direkt noch entsprechend anwendbar (ROHG. 19, 58; RG. 120, 30; LZ. 1912, 309).

Bei unentgeltlicher Bestellung — dies wird wohl nur selten, z. B. bei gemeinnützigen Gesellschaften, der Fall sein — ist das Verhältnis zwischen Vorstandsmitgliedern und Aktiengesellschaft ein Auftrag (§ 662 BGB.). Gegenstand dieses Auftrages ist die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, wie sie im Gesetz, Gesellschaftsvertrage oder im Vertrage selbst festgelegt sind.

Wer die Vorstandsmitglieder in den Vorstand zu berufen hat, ist im Gesetz nicht gesagt. § 182 S. 4 bestimmt nur, daß der Gesellschaftsvertrag darüber Bestimmungen enthalten muß. Die Bestellung kann der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat oder dessen Vorsitzenden oder einem Ausschuß des Aufsichtsrates übertragen werden, und zwar auch zur ausschließlichen Zuständigkeit (vergl. J. W. 1924 S. 1144; RG. 117, 203).

Die gleiche Stellung wie die Vorstandsmitglieder nehmen die Stellvertreter von Mitgliedern des Vorstandes ein. Nach § 242 HGB. finden auf sie die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften Anwendung. Demgemäß sind auch sie zur Vertretung der Gesellschaft ohne Beschränkung berufen, müssen auch sie im Zweifel zur Vertretung der Gesellschaft mitwirken (§ 232) und haben alle Pflichten der Vorstandsmitglieder. Während aber diese Stellvertreter nach außen wirkliche Vorstandsmitglieder sind — die Gesellschaft haftet für ihre Handlungen, selbst wenn sie, ohne daß der Fall der Stellvertretung eingetreten ist, gehandelt haben (RGZ. 24, S. 82) — , haben sie im Innen-Verhältnis in der Regel die Pflichten eines Vorstandsmitgliedes nur zu erfüllen, wenn die ordentlichen Mitglieder verhindert sind. Aber diese Beschränkungen sind nur wirksam, soweit die Pflichten des Vorstandes überhaupt beschränkt werden können.

b) Der Aufsichtsrat als solcher, der seit der Aktiennovelle vom 18. 7. 84 ein obligatorisches Organ der Gesellschaft ist, steht als Gesellschaftsorgan ebensowenig wie die Generalversammlung oder der Vorstand in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Er leitet seine Rechte und Pflichten unmittelbar von zwingenden Gesetzesvorschriften her, ergänzt durch das Gesellschaftsstatut. Obwohl der Aufsichtsrat, der aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muß (§ 243 HGB.), von der Generalversammlung gewählt wird, ist er doch völlig unabhängig von ihr. Er ist Organ, durch ihn wird die Gesellschaft selbst tätig. Wie schon der Name andeutet, besteht die Haupttätigkeit des Aufsichtrats in der Beaufsichtigung, in der Kontrolle der gesamten Geschäftsführung des Vorstandes. „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen“ bestimmt § 246

Abs. 1 HGB. Daneben hat ihm aber das Gesetz eine Reihe von rein verwaltungsrechtlichen Befugnissen zuerteilt, unter anderm die Vertretungsbefugnis in einer Reihe von Fällen (z. B. § 247 Abs. 1, § 271, 272 HGB.).

Ebenso wie der „Vorstand" als Organ von den einzelnen Vorstandsmitgliedern zu unterscheiden ist, ist auch der Aufsichtsrat als solcher scharf zu trennen von den zur Mitwirkung in den Aufsichtsrat berufenen Personen, den Aufsichtsratsmitgliedern. Durch Annahme der in der Generalversammlung erfolgten Wahl treten sie in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Die Generalversammlung handelt als Organ. Daher tritt das einzelne Aufsichtsratsmitglied in kein Vertragsverhältnis zu den einzelnen Aktionären, sondern nur zur Gesellschaft als solcher.

In Uebereinstimmung mit dem Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft liegt auch hier bei entgeltlicher Uebernahme — abgesehen vom ersten Aufsichtsrat — ein Dienstvertrag vor, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vergl. § 675 BGB.), bei unentgeltlicher Uebernahme eines Aufsichtsratspostens ein Auftragsverhältnis gemäß § 662 BGB. (Pinner § 243 VII; Lehmann-Ring § 243 Nr. 8; Staub § 243 Anm. 9; Bauer a. a. O. S. 72).

Daß die Mitglieder des Aufsichtsrats eine noch größere Vertrauensstellung innehaben wie die des Vorstandes, folgt schon daraus, daß sie, während die Vorstandsmitglieder die Geschäfte führen, diese dabei zu überwachen haben. Selbst die Beschlüsse und Anordnungen der Generalversammlung unterliegen ihrer Kontrolle. Man kann also mit Recht sagen, daß von der Umsicht und Treue der Aufsichtsratsmitglieder das Gedeihen der Aktiengesellschaft abhängt. Selbst der Gesetzgeber erkannte dies und traf für den Fall der nicht pflichtgemäßen Erfüllung der ihnen übertragenen Obliegenheiten schwere zivilrechtliche und strafrechtliche Bestimmungen.

c) Was die Liquidatoren betrifft, so bestimmt § 295 Abs. 1 HGB., daß die Liquidation durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren geschieht, sofern nicht durch Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden. Die rechtliche Stellung der Liquidatoren ist ähnlich der der Vorstandsmitglieder; sie sind Organ der Gesellschaft und haben innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes (§ 298 Abs. 2). Führen die Mitglieder des Vorstandes die Geschäfte der Liquidation weiter, so bleibt das frühere Vertragsverhältnis gewöhnlich bestehen. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, „daß, da die Aktiengesellschaft mit ihrer Auflösung nicht zu existieren aufhört, sondern für den Zweck ihrer Liquidation fortbesteht, die Tatsache der Auf-

lösung schlechthin noch nicht die von der Aktiengesellschaft geschlossenen Verträge zur Auflösung bringt" (RGZ. 24, 71; vergl. auch RGZ. 9, 17 ff. und 5, 7 ff.). Werden andere Personen zu Liquidatoren von der Gesellschaft bestellt oder ernannt, so treten diese in dasselbe Vertragsverhältnis zur Gesellschaft wie die Vorstandsmitglieder: auch sie genießen eine Vertrauensstelle.

Zweifelhafter ist die Stellung der vom Gericht ernannten Liquidatoren. Sie sind zwar ebenfalls Organ der Gesellschaft und sind nach § 298 HGB. den Beschlüssen der Generalversammlung und der Beaufsichtigung durch den Aufsichtsrat unterworfen, doch sind sie nicht von der Gesellschaft ernannt, scheinen also in keinem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft zu stehen. Sie handeln wie die von der Handelskammer oder vom Gericht ernannten Revisoren gewissermaßen in Ausübung eines öffentlichen Amtes (Pinner § 295 I, 3). Man nimmt aber auch hier an, daß in dem richterlichen Ernennungsrecht auch das Recht zum Abschluß eines Dienstvertrages mit den zu Ernennenden namens der Gesellschaft enthalten ist, und konstruiert so einen Anspruch der ernannten Liquidatoren auf Vergütung (Pinner § 295 I, 3; Makower § 295 I c, 4). Staub sieht das Zustandekommen eines Dienstvertrages mit der Gesellschaft in der richterlichen Entscheidung verbunden mit der Annahme des Amtes durch den Liquidator. „Die Entscheidung des Richters ergänzt die Anstellungserklärung der Gesellschaft wie ein rechtskräftiges Erkenntnis gemäß § 894 ZPO.". Diese Ansicht führt auch zu einem praktischen Ergebnis. Das Gericht würde nur selten geeignete Liquidatoren zur Uebernahme des Amtes bereitfinden, wenn den Liquidatoren für die übernommene Tätigkeit keine entsprechende Vergütung seitens der Gesellschaft gewährt würde.

d) Diesen gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organen treten in größeren Aktiengesellschaften mitunter noch andere Organe zur Seite. Daß dies gesetzlich zulässig ist, folgt aus § 235 Abs. 2. Die Bezeichnungen dieses „anderen Organs" sind verschieden, je nachdem, welche Funktionen diese Organmitglieder zu erfüllen haben. So besteht in manchen Gesellschaften neben Vorstand und Aufsichtsrat ein Verwaltungsrat, dessen nähere Befugnisse das Gesellchaftsstatut regelt. Auch diese Mitglieder stehen in einem Vertrauensverhältnis zur Gesellschaft. Auf ihr Dienstverhältnis kommen die Regeln vom Auftrag zur Anwendung, wenn das Mitglied unentgeltlich tätig ist, in der Regel aber in erster Linie die vom Dienstvertrage, jedoch ergänzt durch die in § 675 BGB. genannten Bestimmungen über den Auftrag.

Als ein „anderes Organ" im Sinne des Gesetzes kann man auch die Revisoren ansprechen. Hier ist jedoch ein Unter-

schied zu machen: denn die rechtliche Stellung der vom Gericht oder der Handelskammer ernannten Revisoren (§§ 192, 266 HGB.) und der von der Generalversammlung bestellten Revisoren ist verschieden zu beurteilen. Die ersteren handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes und stehen in keinem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Vielmehr ist ihre Stellung mit der eines Konkursverwalters vergleichbar, der ein ihm im öffentlichen Interesse übertragenes Amt ausübt. (Vergl. Staub § 192 Anm. 6; Satller a. a. O. S. 17). Ihre Verantwortlichkeit bestimmt sich daher nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. (§ 276 BGB.) und dem Strafrecht.

Werden aber die Revisoren von der Generalversammlung ernannt, sei es für einen bestimmten Fall, sei es, daß der Gesellschaftsvertrag ein für allemal die Hinzuziehung von Revisoren z. B. bei Prüfung der Bilanz, anordnet, so gelten sie Dritten gegenüber als Organe der Gesellschaft. Insbesondere gilt die Prüfung der Bilanz ebenso, als wenn die Generalversammlung durch ihre Organe die Prüfung vorgenommen hätte. Nach § 260 HGB. hat die Generalversammlung die Pflicht, die Prüfung der Bilanz vorzunehmen, die aber nach § 266 HGB. den Revisoren übertragen werden kann. Die von diesen innerhalb ihrer Zuständigkeit gemachten Wahrnehmungen gelten als Wahrnehmungen der Gesellschaft (ROHG. XXII S. 277 ff.). Im Innenverhältnis liegt auch hier wie bei den Vorstands-, Aufsichtsratsmitgliedern und Liquidatoren ein Vertragsverhältnis zugrunde, welches je nach der Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit dieses Vertrages nach den Vorschriften über Auftrag (§ 662 BGB.) oder über Dienstvertrag (§ 675 BGB.) zu beurteilen ist. Daraus ist schon ersichtlich, daß auch die von der Generalversammlung ernannten Revisoren in einem Treuverhältnis zur Gesellschaft stehen. Man könnte sogar sagen, daß die von der Generalversammlung ernannten Revisoren ein Teilorgan des Aufsichtsrats bilden, allerdings mit der Einschränkung, daß sie nur ein bestimmtes Tätigkeitsfeld zu bearbeiten haben, z. B. die Prüfung von Bilanzen oder von Vorgängen bei der Gründung und Geschäftsführung (vergl. § 266 Abs. 1 HGB.). Ihre rechtliche Stellung innerhalb der Aktiengesellschaft würde sich demnach nach den für den Aufsichtsrat geltenden Bestimmungen regeln. Daß diese Ansicht vor dem Gesetz zu rechtfertigen ist, zeigt § 312 HGB. Untreue im strafrechtlichen Sinne können hiernach nur Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates und Liquidatoren begehen. Da aber das Gesetz die Bildung von weiteren Organen zuläßt, warum sollten nicht auch die Mitglieder derselben, wenn ihre rechtliche Stellung den im § 312 HGB. genannten Personengruppen gleicht, statt unter § 266 StGB. unter den strengeren § 312 HGB. fallen? Doch diese Frage ist rein strafrechtlicher Natur, vom zivilrechtlichen Standpunkt können die von der General-

versammlung ernannten Revisoren Untreue begehen, deren Folgen nach aktienrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen sind.

Fassen wir das Ergebnis dieses Abschnitts zusammen, so zeigt sich, daß als Täter untreuer Handlungen im Aktienrecht nur folgende Personengruppen in Frage kommen:

1. die Vorstandsmitglieder und deren Stellvertreter,
2. die Aufsichtsratsmitglieder,
3. die Liquidatoren,
4. andere Organmitglieder, insbesondere die von der Generalversammlung ernannten Revisoren.

§ 4. Die Untreue der Vorstandsmitglieder.

a) Wie wir im § 3 unserer Abhandlung gesehen haben, steht das Vorstandsmitglied in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft: es besteht ein Anstellungs-Vertrag. Dieser räumt ihm eine eigene Vertrauensstellung bei seiner Gesellschaft ein und legt ihm dieser gegenüber eine besondere Pflicht zur Treue auf. Das ganze innere Wesen der Aktiengesellschaft, welches gewisse Schutzgarantien für die Rechte der die Personenvereinigung bildenden, der Gesellschaft oft als unbekannt gegenübertretenden Aktionäre dringend verlangt, fordert diese besondere Treuepflicht von den Organmitgliedern. Eine Verletzung dieser Treuepflicht ist Untreue oder genauer gesagt nach dem im § 2 dieser Abhandlung gefundenen Begriff: Die vorsätzliche Verletzung der im Aktienrecht bei Erfüllung der Obliegenheit anzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist Untreue.

Es muß hierbei nochmals betont werden, daß der zivilrechtliche Begriff der aktienrechtlichen Untreue den Eintritt eines Schadens nicht erfordert wie der strafrechtliche. Zwar wird in den meisten Fällen untreuen Verhaltens der Organmitglieder eine Schädigung der Gesellschaft eintreten, sei es, daß sie sich oder Dritten unberechtigte Vorteile verschaffen, sei es, daß die Gesellschaft Verluste anderer Art erleidet, aber begriffsnotwendig ist dies nicht. Nur die Folgen, die den betreffenden Mitgliedern drohen, werden verschiedene sein. Darüber wird später gesprochen werden.

Welche Obliegenheiten hat ein Mitglied eines Vorstandes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen? Jedes Vorstandsmitglied hat sowohl bei der Geschäftsführung als auch bei Erfüllung der Pflichten, die aus der Vertrauensstellung, aus dem Treuverhältnis der Gesellschaft gegenüber fließen, stets das Interesse der Gesellschaft vor Augen zu haben, das heißt, die Mitglieder des Vorstandes sollen so handeln, wie sie es im Interesse der Gesellschaft mit gutem Gewissen verantworten können.

Mitunter ist die Frage, ob Untreue, also vorsätzliche Pflichtverletzung, vorliegt, schwer zu entscheiden, und muß sie für jeden einzelnen Fall genau untersucht werden.

Wir wollen davon ausgehen, daß die Vorstandsmitglieder im Rahmen ihrer ihnen durch Gesetz, Gesellschaftsstatut und Anstellungsvertrag auferlegten Befugnisse gehandelt haben.

Es kann vorkommen, daß das Interesse der Aktionäre im Gegensatz steht zu dem der Gesellschaft. Die Aktiengesellschaft ist eine Vereinigung von Personen, das sind die Aktionäre, die sich zur Erreichung eines statutenmäßigen Zweckes verbunden haben und durch Einlagen einen Gesellschaftsfonds bilden, über welchen hinaus nicht gehaftet wird (Sehling a. a. O. S. 154). Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person und entsteht durch Eintragung in das Handelsregister. Die sämtlichen Mitglieder der Gesellschaft (die Aktionäre) sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beteiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften (§ 178 HGB.). Die Aktien müssen auf einen bestimmten Nennbetrag lauten (§ 180 Abs. 1 HGB.); sie bezeichnen nicht eine Vermögensquote, sondern nur den Betrag, mit dem die einzelnen Aktionäre am Grundvermögen beteiligt sind. Da die Aktiengesellschaft eine juristische Person ist und nach § 210 HGB. „als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten" hat, steht sie den Aktionären durchaus selbständig gegenüber. In der Generalversammlung wird die Gesellschaft durch ihre Organe gegenüber den Aktionären vertreten. Diese wiederum suchen in der Generalversammlung ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft zu wahren. Schon daraus ergibt sich, daß die Interessen der Gesellschaft und die der Aktionäre nicht immer die gleichen sind. Ein Vorteil für die Gesellschaft wird immer ein Vorteil auch für die Aktionäre sein, dagegen ein Schaden für die Aktionäre nicht immer ein Schaden für die Gesellschaft. Die Gesellschaft hat z. B. häufig ein Interesse daran, daß der Reingewinn nicht in Dividenden ausgeschüttet, sondern im Geschäftsbetrieb verwendet oder als Reserve für schlechte Zeiten zurückgelegt wird. Die Aktionäre sehen in der Verteilung einer möglichst hohen Dividende einen Vorteil und in der Nichtverteilung einer solchen trotz der hierfür vorhandenen Mittel eine Schädigung ihrer Interessen. Ebenso kann es bei Kapitalserhöhungen im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegen, daß ein gewisser Betrag der neuauszugebenden Aktien nicht den alten Aktionären zum Bezuge angeboten wird, gewöhnlich zu einem geringeren Kaufpreise, sondern Verwendung findet für Beschaffung von Betriebskapital, für Angliederungszwecke, z. B. Ankauf von Aktien einer Konkurrenzfirma, um auf diese Weise Einfluß in den Konkurrenzbetrieb zu gewinnen, oder für Zuteilung an Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates,

um die Kraft hochverdienter, äußerst tüchtiger und geschäftsgewandter Persönlichkeiten der Gesellschaft zu erhalten. Als Schutz der Gesellschaft vor Ueberfremdung dient auch die Ausgabe von sog. Werkfreunde-Aktien, die gerade in der heutigen Zeit eine große Rolle spielen. Ein häufiger Wechsel der Mehrheit in der Generalversammlung behindert die stetige gesunde Entwicklung eines Unternehmens. Zunächst versuchte man durch Schaffung sog. Stimmrechtsaktien (Vorzugsaktien) für eine bestimmte Vertrauensgruppe die Mehrheit zu sichern. Aber diese Aktien gaben, weil sie in der Generalversammlung nur getrennt abstimmen (vergl. §§ 275, 278, 288 HGB.), nicht mehr als ein Vetorecht; sie konnten zwar einen Beschluß verhindern dadurch, daß die Inhaber dieser Aktien nicht kamen und abstimmten oder dagegen stimmten, aber nicht erzwingen (Staub § 275 Anm. 5). Man schuf daher Stammaktien mit der Bestimmung, sie Mitgliedern der Verwaltung oder dem Unternehmen nahestehenden Personen (sog. Werkfreunden) in Anrechnung auf künftige Ansprüche oder für Verdienste um das Unternehmen zuzuteilen. Daß die Zuteilung von Werkfreunde-Aktien an Mitglieder der Verwaltung oder an Werkfreunde gesetzlich zulässig und nicht zu beanstanden ist, wenn sie in vernünftigen Grenzen geschieht und hierbei die schrankenlose Ausbeutung der Minderheit durch die Mehrheit zur Förderung eigennütziger Zwecke gegen das Interesse der Gesellschaft als den guten Sitten widerstrebend vermieden wird, hat das Reichsgericht mehrfach entschieden (vergl. JW. 1925, S. 614, Ziff. 18; RGZ. 107, 72; 108, 41; 113, 194; 114, 112). Obwohl die Aktionäre von ihrem Standpunkt aus oft ein Interesse am Bezuge dieser Aktien haben, kann durch eine derartige Aktienausgabe, auch wenn sie ohne erkennbare Gegenleistung geschieht, das Interesse der Aktiengesellschaft gefördert und das der Aktionäre vorübergehend geschädigt werden. Die Früchte einer solchen Transaktion werden sich gewöhnlich erst später geltend machen, so daß letzten Endes die Aktionäre durch Verteilung einer höheren Dividende einen Vorteil haben.

Schon hieraus ergibt sich, daß eine Entscheidung, wann Untreue vorliegt, überaus schwierig ist. Das größte Gewicht wird hierbei auf die Frage gelegt werden müssen, ob die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorsätzlich verletzt worden ist. Zu berücksichtigen sind u. a. besonders die wirtschaftliche Stellung der Aktiengesellschaft hinsichtlich ihres Vermögensstandes, ferner die Höhe der verteilten Aktienbeträge im Vergleich zu den Verdiensten und Leistungen für die Gesellschaft, sodann die Zweckmäßigkeit solcher Maßnahmen und ihre Folgen. Steht danach fest, daß solche Handlungen durchaus üblich und in vernünftigen Grenzen geschehen sind, daß die verantwortlichen Personen des Vorstandes —

auch für die Aufsichtsratsmitglieder gilt dasselbe — ihrer Sorgfaltspflicht genügt haben, so kann von einer Untreue keine Rede sein, selbst wenn die erfolgten Maßnahmen nicht den Erfolg gezeitigt haben, den man erwartet hat. Bei Beurteilung der Tätigkeit der Organmitglieder muß auch in Betracht gezogen werden, daß ihre Stellung eine ganz andere ist, als z. B. die von Vormündern. Diese haben ein bereits vorhandenes Vermögen nur zu verwalten und zusammen zu halten; die Aktiengesellschaft dagegen ist eine Erwerbsgesellschaft. Ihre Leiter haben nicht lediglich das Vermögen der Gesellschaft zu verwalten, sondern sie haben auch die Verpflichtung, für die Gesellschaft zu erwerben und möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Die Geschäftsführung bringt es mit sich, daß Ausgaben gemacht werden, denen nicht ein auf der Stelle verwertbarer Gegenwert gegenüber steht. Eine aktienrechtliche Untreue kann nur dann als vorliegend erachtet werden, wenn der Vorsatz besteht, Zwecke zu verfolgen, die außerhalb der Gesellschaftsinteressen liegen.

Ebenso verhält es sich mit Schenkungen. An und für sich sind unentgeltliche Zuwendungen nach dem Gesetz nicht verboten, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Nur darf dabei nicht außer acht gelassen werden, daß den Organen in Bezug auf Schenkungen gewisse Grenzen gesetzt sind. Die allgemeine Bestimmung des § 534 BGB. findet auch hier entsprechend Anwendung (vergl. auch § 1804 BGB.). Es liegt keine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, wenn die Vorstandsmitglieder Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, zur Wahrung des geschäftlichen Ansehens oder sonstiger Interessen der Gesellschaft für geboten halten. Staub § 312 Anm. 12 sagt treffend, daß „die Aktiengesellschaft nicht nur in juristischer Hinsicht eine Person ist und ihre Stellung mitten im Kreise der Rechtsgenossen hat, sondern daß sie durch die Entfaltung ihrer Tätigkeit im wirtschaftlichen Leben auch in dieser Hinsicht gewissermaßen ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft geworden ist. Die soziale Stellung der Aktiengesellschaft ehrenvoll zu gestalten, gehört ebenso zu den Aufgaben ihrer Leiter wie die Erzielung von Gewinn." Es liegt daher im Bereich der Aufgaben der Vorstandsmitglieder, Aufwendungen, soweit sie das übliche Maß nicht überschreiten, zur Erreichung von gemeinnützigen Zwecken zu machen. Hierher gehören, um einige Beispiele zu nennen, Gratifikationen an das Personal anläßlich eines Jubiläums, Gnadengehälter für Beamtenwitwen, Unterstützungen bei Erkrankungen und Unglücksfällen und Spenden für soziale Zwecke.

Nun kommt es aber häufig vor, daß auch die Vorstandsmitglieder von der Gesellschaft Geschenke erhalten. Machen

sich die betreffenden Mitglieder dadurch, daß sie Zuwendungen annehmen, der Untreue schuldig? Da die Schenkung ein Vertrag ist, erfordert sie Einigkeit der Beteiligten über den Kern des Vertragsinhaltes, nämlich über die Unentgeltlichkeit (§ 516 BGB.). Wird die Zuwendung ausdrücklich oder stillschweigend für geleistete Dienste angenommen, so liegt eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht vor und daher auch keine Schenkung (JW. 1919 S. 378, Zff. 5). Die Annahme von Geschenken ist auch den Vorstandsmitgliedern gesetzlich nicht verboten, sofern sich diese in den üblichen Grenzen halten, die durch die sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gezogen sind. Die Vorstandsmitglieder müssen sich nur stets vor Augen halten, daß sie Verwalter fremden Vermögens sind und daß sie, falls sie über den sonst üblichen Rahmen hinausgehende unentgeltliche Zuwendungen von der Gesellschaft annehmen, sich einer Pflichtverletzung schuldig machen.

Doch in der Praxis wird es selten vorkommen, daß Geschenke, die mitunter eine beträchtliche Höhe erreichen, von den Vorstandsmitgliedern angenommen werden. Man vermeidet den Ausdruck „Schenkung" und verrechnet diese Zuwendungen auf geleistete Dienste, z. B. Nachzahlung von Tantieme oder Umsatzprovision, oder beruft sich zur Begründung dieser Ausgaben auf den Anstellungsvertrag, nach welchem z. B. dem Generaldirektor eine freie Dienstwohnung zusteht, so daß Zuschüsse für den Um- oder Neubau eines solchen Privathauses zu Lasten der Gesellschaft gehen und als Teil des Dienstentgeltes angerechnet werden. Eine solche Nachzahlung ist heute bei den Aktiengesellschaften durchaus üblich und wird wohl selten beanstandet werden. Ein praktischer Fall, der erst vor kurzer Zeit entschieden wurde, zeigt, wie weit die Praxis der Gerichte in der Beurteilung derartiger Zuwendungen geht:

Ein Mitglied des Vorstandes (Generaldirektor) ließ sich in einem kleinen Kurort ein größeres Haus bauen. Da das Haus als repräsentable Wohnung des Generaldirektors und daneben in eigens dafür erbauten größeren Räumlichkeiten auch geschäftlichen Zwecken dienen sollte, ersuchte der Generaldirektor den Aufsichtsrat, die Schreinerarbeiten und das Architektenhonorar aus der Gesellschaftskasse zu bezahlen. Diese Kosten wurden auch bewilligt in Anbetracht dessen, „daß das Haus nicht nur Wohn-, sondern auch Geschäftszwecken diene". Hat der Generaldirektor seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt? Die Strafkammer in X (dem Verfasser stand eine Abschrift der Urteilsbegründung dieses Strafprozesses zur Verfügung) nahm im vorliegenden Falle keine Schenkung an, sondern entschied folgendermaßen:

„Die Zuwendungen für den Hausbau in Y lagen im geschäftlichen Interesse der Gesellschaft. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß der Leiter eines großen Konzerns während seines längeren Sommeraufenthaltes in seinem Landhaus die geschäftliche Leitung seiner Unternehmungen weiterführen muß. Zu diesem Zwecke braucht er in seinem Hause einen eigenen Büroapparat, auch gewisse Räume zur Repräsentation. Wenn der Aufsichtsrat aus Billigkeitsgründen einen Teil der Kosten (Schreinerarbeiten, Architektenarbeiten) auf die Gesellschaft übernahm, so fällt das durchaus nicht aus dem Rahmen der in solchen Fällen bei Aktiengesellschaften üblichen und angemessenen Sonderleistungen. Diese Leistungen lagen zum mindesten nach der Ansicht des Aufsichtsrates und des Generaldirektors im Interesse der Gesellschaft."

Auf Grund dieser Erwägungen konnte eine Verurteilung wegen strafrechtlicher Untreue nicht erfolgen, aber auch zivilrechtlich liegt keine Untreue vor. Da solche Leistungen üblich sind, fehlt der Vorsatz, durch deren Annahme die dem Vorstandsmitglied durch Gesetz, Statut oder Anstellungsvertrag auferlegten Pflichten zu verletzen.

Wir gingen davon aus, daß die Vorstandsmitglieder im Rahmen ihrer ihnen durch Gesetz, Gesellschaftsstatut und Anstellungsvertrag auferlegten Pflichten gehandelt haben. Welche Pflichten legt ihnen das Gesetz auf?

Es würde zu weit führen, die Bestimmungen des Gesetzes, die die Rechte und Pflichten der Vorstandsmitglieder hinsichtlich der Geschäftsführung aufstellen, jede für sich einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, um schließlich jedesmal festzustellen: die vorsätzliche Verletzung dieser Bestimmung ist Untreue. Das Gesetz sagt auch im § 241 HGB. allgemein: „Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden." Und ebenso können wir sagen, jede vorsätzliche Verletzung von im Gesetz aufgestellten Rechten und Pflichten ist Untreue."

Einige Beispiele mögen das Tätigkeitsfeld des Vorstandes bei der Geschäftsführung vor Augen führen. Nach § 234 HGB. ist jede Aenderung des Vorstandes oder der Vertretungsbefugnis eines jeden Mitgliedes sowie eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 („auch kann durch den Gesellschaftsvertrag der Aufsichtsrat ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugnis zu erteilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten") von dem Aufsichtsrat getroffene Anordnung durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Vorstandsmitglieder haben ferner ihre Unterschrift bei dem Gericht zu zeichnen.

§ 236: Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen.

Nach § 237 ist, wenn den Mitgliedern des Vorstandes ein Anteil am Jahresgewinn gewährt wird, der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen.

Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates bestellen (§ 238).

Eine wichtige Bestimmung enthält § 239: Der Vorstand hat dafür Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.

Bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Bei Zahlungsunfähigkeit hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Dasselbe gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz, die ebenfalls der Vorstand aufstellen muß (§ 260, Abs. 2) ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt (§ 240).

Die Berufung der Generalversammlung steht dem Vorstand zu, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind. Die Generalversammlung ist stets zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert (§ 253), und zwar hat die Berufung in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen (§ 255).

Werden besondere Revisoren zur Prüfung eines Vorganges oder einer Bilanz bestellt, so hat der Vorstand diesen die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse, sowie der Bestände an Wertpapieren und Waren zu gestatten (§ 267).

Auf alle diese Bestimmungen — aus dem Gesetz ließen sich noch mehrere Beispiele anführen — hat ein Vorstandsmitglied mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu achten. Eine vorsätzliche Nichtachtung würde eine Verletzung der Treupflicht sein und als Untreue gegenüber der Gesellschaft angesehen werden müssen. Es ist nicht notwendig, daß immer ein Schaden die Folge eines solchen untreuen Verhaltens ist, um das ungetreue Vorstandsmitglied verantwortlich zu machen. Entsteht aber aus der Verletzung der von den Vorstandsmitgliedern zu erfüllenden Obliegenheiten ein Schaden für die Gesellschaft,

so sind die Mitglieder als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden haftbar. (Doch darüber später.) Dies ergibt sich aus § 241 Abs. 2. Das Wort „insbesondere" im § 241 Abs. 3 deutet nur an, daß der Gesetzgeber den Begriff „Obliegenheiten" näher erklären wollte, indem er eine Schadensersatzpflicht für die Mitglieder des Vorstandes besonders festsetzt, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt.
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen.
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrages oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrages ausgegeben werden,
5. die Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat.

Eine Verletzung der Treupflicht, mit anderen Worten zivilrechtliche Untreue, liegt auch dann auf Seiten der Vorstandsmitglieder vor, wenn vorsätzlich die Tatbestände der §§ 313—315, deren Aufzählung zu weit führen würde, erfüllt werden, jedoch mit der Maßgabe, daß die Feststellung eines Schadens nicht erforderlich ist. Die in diesen Paragraphen aufgezählten Fälle sind besonders sorgfältig von den Vorstandsmitgliedern zu erfüllende Pflichten, da ihre Verletzung außer zivilrechtlichen Folgen schwere Strafe nach sich zieht.

Die gesetzlichen Bestimmungen geben nur den äußeren Rahmen des Pflichtenkreises der Vorstandsmitglieder an. In der Praxis ist von entscheidender Bedeutung das Gesellschaftsstatut und der Anstellungsvertrag, welche ins Einzelne gehende Vorschriften für die Organmitglieder gewöhnlich enthalten.

In diesen ist häufig die Machtstellung des Vorstandes beschränkt. Nach außen, Dritten gegenüber, ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes unwirksam, denn das Gesetz statuiert im Verhältnis zu Dritten eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsbefugnis des Vorstandes. Jedoch ist nach § 235 der Vorstand der Gesellschaft gegenüber, also nach innen, verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschaftsvertrag für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Das Gesetz zählt eine Reihe solcher nach außen wirkungsloser Beschränkungen im Absatz 2 auf, z. B. soll sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder soll nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden, oder es wird für einzelne

Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrates oder eines anderen Organs der Gesellschaft gefordert. Zwar behandelt der § 235 nach seinem Wortlaut nur die Beschränkungen des Vorstandes als Behörde, als Organ, aber trotzdem muß er auch auf die einzelnen Mitglieder entsprechende Anwendung finden. Das Gebot richtet sich sogar in erster Linie an die einzelnen Vorstandsmitglieder, denn nicht der Vorstand als solcher, als Organ, ist bei Verletzung der Verbote verantwortlich, sondern die einzelnen Mitglieder (vergl. Makower § 235 I b). Die Aufzählung der Beschränkungen im § 235 HGB. ist jedoch keine erschöpfende. Die Gesetzesworte reichen weiter. So kann das Gesellschaftsstatut nicht nur die Bestimmung enthalten, daß der Vorstand in Bezug auf bestimmte Geschäfte (Grundstücksverkäufe, Darlehnsaufnahme, Schenkungen, Gaben zu gemeinnützigen, durch sittliche Pflicht gebotenen Zwecken) an die Zustimmung eines Organs gebunden sein soll, sondern auch ganz allgemein den Anweisungen des Aufsichtsrates untergeordnet ist. Tatsächlich machen die Gesellschaftsverträge hiervon den umfassendsten Gebrauch. Ja, der Gesellschaftsvertrag kann festsetzen, daß der Aufsichtsrat über alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen hat und der Vorstand nichts unternehmen darf, bevor der Aufsichtsrat seine Anweisungen erteilt hat. Durch eine derartige Beschränkung der Befugnisse des Vorstandes kann dieser geradezu ausgeschaltet werden. Das darf aber nicht soweit gehen, daß der Vorstand nur, um dem Gesetz zu genügen, bestellt wird. Der Gesellschaftsvertrag kann dem Vorstand nicht die Rechte und Pflichten entziehen, die ihm das Gesetz zwingend übertragen hat, z. B. die Berufung der Generalversammlung (§ 253), die Sorge für die Buchführung (§ 239), die Vorlegung der Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und die Erstattung des Geschäftsberichts (§ 260 Abs. 2), die Anzeige von Verlusten am Grundkapital und Beantragung des Konkurses usw. (§ 240).

Ferner ist der Vorstand der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen und die Beschränkungen einzuhalten, die durch Beschluß der Generalversammlung für den Umfang der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind (§ 235 Abs. 1). Diese Bestimmung ist eigentlich überflüssig. Das höchste Organ der Gesellschaft ist die Generalversammlung. Sie beschließt über alle wichtigen und den Lebensnerv der Gesellschaft betreffenden Geschäfte. Sie wählt den Aufsichtsrat und, was in der Praxis allerdings selten ist, auch den Vorstand. (In der Regel jedoch ist durch Statut dem Aufsichtsrat die Wahl des Vorstandes übertragen.) So ist also der Vorstand im Grunde genommen von der Generalversammlung abhängig, der jederzeit, vorausgesetzt, daß die Generalversammlung ihn gewählt hat, seines Amtes enthoben werden kann, oder auf den Aufsichtsrat, wenn dieser zur Wahl bestellt ist,

einen Druck ausüben kann. Somit verbietet sich schon von selbst ein Auflehnen der einzelnen Vorstandsmitglieder gegen einen Generalversammlungsbeschluß, abgesehen davon, daß darin eine Untreue zu erblicken ist. Nach außen haben auch diese Beschränkungen keine Bedeutung. Handelt also ein Vorstandsmitglied entgegen diesen Beschränkungen, so wird trotzdem die Gesellschaft verpflichtet. Im Innenverhältnis aber muß das betreffende Vorstandsmitglied für sein ungetreues Verhalten die Folgen tragen.

Beschränkungen, die ebenfalls mannigfaltiger Natur sein können, kann auch der Dienstvertrag, der Anstellungsvertrag, den einzelnen Vorstandsmitgliedern auferlegen. Auch diese Beschränkungen haben ebenfalls nur gegenüber der Gesellschaft Wirkung.

Trotz des Grundgedankens der Unbeschränkbarkeit der Vertreterbefugnis nach außen hat das Gesetz selbst in einigen Bestimmungen diesen Grundsatz durchbrochen und die Vertretungsmacht des Vorstandes mit Wirkung nach außen beschränkt. Nach § 205 HGB. sind Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202—204 verpflichteten Personen betreffen (Gründer und Gründergenossen, Emissionshäuser, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder), erst nach Ablauf von 5 Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig. Wie aber, wenn der Vorstand trotzdem Verträge dieser Art ohne Zustimmung der Generalversammlung abschließt? Diese sind nach dem Wortlaut des Gesetzes „unzulässig", d. h. nichtig (vergl. Staub § 205 Anm. 3, Piner § 205, 3). Da das Erfordernis eines Vertrages Willensübereinstimmung beider Kontrahenten ist, so würde in den erwähnten Fällen sich der Wille des Gegenkontrahenten mit dem der Gesellschaft nicht decken. Der Wille der Gesellschaft ist hier nicht der Wille des Vorstandes, sondern der übereinstimmende Wille des Vorstandes und der Generalversammlung. Es fehlt also an der Willensübereinstimmung der Vertragskontrahenten.

Ebenso bedürfen Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den 10. Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor Ablauf von 2 Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden. Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrat den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten (§ 207 HGB.). Folge der Nichteinholung der Genehmigung seitens des Vorstandes ist auch hier Nichtigkeit des Vertrages. Die Nichtigkeit bewirkt, daß der Ver-

trag auch nach Ablauf der 2 Jahre nicht gültig wird. Er müßte, um gültig zu werden, neu abgeschlossen werden (vergl. § 141 BGB., Staub § 207 Anm. 5). Ob dem neuen Vertrage im Zweifel rückwirkende Kraft beizulegen ist, ist eine Streitfrage, deren Beurteilung nicht in den Rahmen dieser Abhandlung gehört.

Eine weitere Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes nach außen enthält § 272. Es handelt sich hier um die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch Klage gegen die Gesellschaft. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrat vertreten. Daß bei dieser Klage, die der Vorstand gegen die Gesellschaft anstrengt, diese nur durch den Aufsichtsrat vertreten wird, ist aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Klagt aber ein Aktionär, so muß die Gesellschaft durch „Vorstand und Aufsichtsrat" vertreten werden. Andernfalls kommt keine rechtswirksame Prozeßhandlung zustande. Nur Vorstand und Aufsichtsrat zusammen können bindende Prozeßhandlungen vornehmen (vergl. Lehmann-Ring § 272 Nr. 1; Staub § 272, Anm. 6; Pinner § 272, 1).

Weiterhin beschränkt § 303 die Vertretungsbefugnis des Vorstandes hinsichtlich der Veräußerung des gesamten Vermögens der Gesellschaft. Hierzu ist ein qualifizierter gültiger Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung erforderlich, ohne den ein derartiger Vertrag unwirksam ist.

Um die gesetzlichen Beschränkungen vorwegzunehmen: können hierbei die Mitglieder des Vorstandes Untreue gegenüber der Gesellschaft dadurch begehen, daß sie die gesetzlichen Beschränkungen nicht einhalten? Diese Frage muß verneint werden. Die Begründung läßt sich aus den angeführten Paragraphen selbst herleiten. Rechtsgeschäfte der aufgezählten Art, die der Vorstand ohne Genehmigung der Generalversammlung vornimmt, sind der Gesellschaft gegenüber wirkungslos, also nichtig. Mangels übereinstimmenden Willens der Vertragskontrahenten ist überhaupt kein Vertrag zustande gekommen, denn der Wille der Gesellschaft besteht aus dem übereinstimmenden Willen des Vorstandes und der Generalversammlung. Daher wird die Gesellschaft aus einem derartigen Vertrag nicht verpflichtet. Die Interessen der Gesellschaft sind durch die Handlung des Vorstandes nicht verletzt. Infolgedessen kann auch das Handeln der Vorstandsmitglieder nicht als eine Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten angesehen werden. Ob vielleicht die Vorstandsmitglieder sich persönlich den Vertragskontrahenten gegenüber haftbar machen, ist eine andere Frage (vergl. § 179 BGB.). Uns genügt die Feststellung, daß durch das Handeln der Vorstandsmitglieder bei Abschluß derartiger Verträge die Interessen der Gesellschaft nicht berührt werden, daß also keine Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber vorliegt.

Aehnlich verhält es sich mit den im § 272 erwähnten Prozeßhandlungen. Voraussetzung einer Untreue ist ein vorsätzliches Handeln oder Unterlassen. Da die Vorstandsmitglieder allein keine rechtsgültigen Prozeßhandlungen vornehmen können, jede Handlung gewissermaßen ein „Nichts" ist, entfällt von vornherein eine Pflichtverletzung. Es liegt daher auch hier keine Untreue gegenüber der Gesellschaft vor, da irgendwelche Interessen der Gesellschaft nicht beeinträchtigt sind.

Was die Einhaltung der den Vorstandsmitgliedern durch das Gesellschaftsstatut auferlegten Beschränkungen ihres Pflichtenkreises betrifft, z. B. die Pflicht, den Weisungen des Aufsichtsrates Folge zu leisten, so fragt es sich: können sich die Vorstandsmitglieder auf einen Beschluß des Aufsichtsrates berufen? Nach § 241 Abs. 1 HGB. haben die Mitglieder des Vorstandes bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Daraus folgt, daß ihnen auch hier die Pflicht obliegt, die ihnen anbefohlenen Weisungen mit allergrößter Sorgfalt zu prüfen. Handelt es sich hierbei nur um eine Zweckmäßigkeitsfrage, so deckt die Vorstandsmitglieder die Gehorsamspflicht dem Aufsichtsrat gegenüber vor jeglicher Verantwortung (Staub § 235 Anm. 6). Gereicht jedoch die Weisung nach Ansicht der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft offensichtlich zum Schaden, so muß man es als ihre Pflicht ansprechen, den Aufsichtsrat auf seine pflichtwidrige Handlungsweise aufmerksam zu machen, im äußersten Falle auch eine Generalversammlung einzuberufen, diese über die Schädlichkeit der erteilten Anweisung aufzuklären und um ihre Meinung zu befragen (vergl. § 253, 2 HGB.). Untreue liegt dann vor, wenn die Vorstandsmitglieder erkannt haben, daß der Beschluß des Aufsichtsrates der Gesellschaft schädlich ist, und unterlassen, hiergegen Schritte zu unternehmen.

Wie aber haben sich die Vorstandsmitglieder zu verhalten, wenn der Aufsichtsrat Ungesetzliches oder Statutenwidriges von ihnen verlangt? Der Gesellschaft gegenüber sind sie, wenn sie nach Gesetz oder Statut den Weisungen des Aufsichtsrates gehorchen müssen, gewöhnlich durch die Weisung gedeckt, nicht aber den Gläubigern gegenüber, denen nach § 241, 4 HGB. die Vorstandsmitglieder auch verantwortlich sind. In diesem Falle können die Vorstandsmitglieder nicht für verpflichtet gehalten werden, derartige Beschlüsse auszuführen. Es bleibt ihnen nur übrig, wenn auf der Ausführung der Beschlüsse bestanden wird, aus diesem Grunde sofort zu kündigen und ihre Rechte aus dem Dienstvertrage geltend zu machen (Staub § 235 Anm. 7). Denn es kann den Vorstandsmitgliedern nicht zugemutet werden, Handlungen vorzunehmen, die evtl. eine Schadensersatzpflicht begründen.

Es ist zweckmäßig, die Beschränkungen der Vorstandsmitglieder durch Generalversammlungsbeschlüsse schon an dieser

Stelle zu behandeln, da sie dieselbe rechtliche Beurteilung finden wie die Beschränkungen, die dem Vorstand durch Beschlüsse des Aufsichtsrates auferlegt sind. Was über die Ausführung von Aufsichtsratsbeschlüssen gilt, gilt auch von den Generalversammlungsbeschlüssen. Es wäre wider alle Billigkeit, wollte die Gesellschaft die Vorstandsmitglieder dafür verantwortlich machen, daß sie in Ausführung eines von ihr selbst gefaßten Beschlusses einen Schaden verursacht haben. Die Gesellschaft würde dolos handeln, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres eigenen Beschlusses schadensersatzpflichtig machen würde (Staub § 241 Anm. 4). Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß der Beschluß wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Statut ungültig ist, sofern der Vorstand bei Anwendung aller Sorgfalt die Ungültigkeit nicht erkennen konnte (so herrschende Ansicht. Vergl. auch Staub § 241 Anm. 4; Lehmann-Ring § 241 Nr. 6; Pinner § 241 Anm. 6; dagegen Hagen a. a. O. S. 361). Auch der Umstand, daß der Beschluß angefochten und im Prozeßwege für ungültig erklärt wird, ändert hieran nichts. Die Vorstandsmitglieder machen sich keiner Pflichtverletzung schuldig, wenn sie einen von der Generalversammlung gefaßten, aber angefochtenen Beschluß nach sorgfältigster Prüfung trotz der Anfechtung ausführen. Zunächst steht fest, daß die Generalversammlung, das oberste Willensorgan der Gesellschaft, den Beschluß gefaßt hat. Mit dieser Tatsache können die Vorstandsmitglieder regelmäßig rechnen (vergl. RG. in JW. 96, 662). Wenn sie den Beschluß bei sorgfältigster Prüfung für gültig halten, sind sie der Gesellschaft gegenüber berechtigt, ihn auszuführen. Andererseits sind aber die Vorstandsmitglieder berechtigt, die Ausführung des Beschlusses auszusetzen, namentlich dann, wenn seine Ausführung mit Gefahr für die Gesellschaft verbunden ist (z. B. bei Beschluß über Dividendenverteilung wegen § 217 HGB.) oder seine Nichtausführung gefahrlos ist. Halten die Vorstandsmitglieder den Beschluß für ungültig, die Anfechtung für offenbar begründet, so ist es ihre Pflicht, ihn nicht auszuführen. Schlechthin zu sagen, daß sich die Gesellschaft „weder auf die Schädlichkeit noch auf die angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen kann", wie dies Staub § 241 Anm. 4 tut, scheint uns aus den obenerwähnten Gründen nicht angängig. Die Vorstandsmitglieder müssen gerade bei Ausführung oder Nichtausführung angefochtener Beschlüsse die größte Sorgfalt anwenden, andernfalls man aus dem ganzen Verhalten der Vorstandsmitglieder ein vorsätzliches Handeln oder Unterlassen wird konstruieren können, das den zivilrechtlichen Tatbestand der Untreue erfüllt.

Untreue der Vorstandsmitglieder liegt auch dann nicht vor, wenn der Generalversammlung die Ungültigkeit eines Beschlusses bekannt ist, die Vorstandsmitglieder aber die Ungültigkeit nicht erkannt haben. In diesem Falle wäre es wider Treu und

Glauben, den Vorstandsmitgliedern den Vorwurf der Untreue zu machen, wenn sie bei Anwendung allergrößter Sorgfalt die Ungültigkeit nicht erkannt haben und die Ausführung des Beschlusses die Interessen der Gesellschaft geschädigt hat. Denn einem Vorstandsmitglied daraus, daß es die Ungültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses nicht erkannt hat, den Vorwurf der nicht pflichtgemäßen Prüfung zu machen, würde zu weit führen, schon aus der Erwägung, daß es selbst einem Juristen nicht möglich ist, sofort zu entscheiden, ob der Beschluß gültig oder ungültig ist. Die Vertrauensstellung eines Vorstandsmitgliedes bringt es mit sich, daß es die ihm übertragenen Aufgaben wie ein ordentlicher Geschäftsmann ausführt unter Wahrung der Grenzen, die Gesetz, Statut, Anstellungsvertrag oder bindender Beschluß der Generalversammlung ihm auferlegt.

Nun kommt es aber häufig vor, daß die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat einen Beschluß faßt, der den Vorstand bindet, daß aber dieser Beschluß auf Grund falscher Informationen seitens der Vorstandsmitglieder zustande gekommen ist. Selbst wenn die Ausführung dieses Beschlusses keinen Schaden für die Gesellschaft bringt, so liegt trotzdem auf Seiten des betreffenden Vorstandsmitgliedes eine vorsätzliche Verletzung seiner Treupflicht vor. Es läßt sich mit dem Vertrauen, das ein Vorstandsmitglied genießt, nicht vereinbaren, wenn es durch Vorspiegelung falscher Tatsachen oder Unterdrückung wahrer Tatsachung die Generalversammlung oder den Aufsichtsrat zu einem Beschluß verleitet. Die Sachlage muß aber anders beurteilt werden, wenn die offene Darlegung von irgendwelchen Unterlagen der Gesellschaft zum offensichtlichen Schaden gereichen würde. Die Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen, das Verschweigen irgendwelcher Vorkommnisse innerhalb der Gesellschaft, die bei ihrem Bekanntwerden den Kredit und das Ansehen der Gesellschaft schädigen können, können das Verhalten der Vorstandsmitglieder entschuldigen, obwohl sie vorsätzlich gehandelt haben. Sie haben aber ihre Pflicht, für das Wohl der Gesellschaft zu sorgen, erfüllt. Eine Untreue kann in einem derartigen Falle nicht vorliegen.

Im Zusammenhang hiermit stehen die Fälle, in denen z. B. ein Vorstandsmitglied selbst als Aktionär in der Generalversammlung auftritt und im Hinblick auf seinen Aktienbesitz einen Beschluß herbeiführt. Es ist eine bekannte Tatsache, daß in den Gesellschaften, in denen es den Vorstandsmitgliedern nicht verboten ist, Aktien der Gesellschaft zu erwerben (die Statuten mancher Gesellschaften verbieten Erwerb von Aktien den Vorstandsmitgliedern) gerade die leitenden Persönlichkeiten große Aktienpakete in den Händen haben. Dies hat den Vorteil, daß die Vorstandsmitglieder enger an die Gesellschaft angeschlossen werden und mehr als vielleicht andere für die Gesellschaft interessiert sind, da mit dem Wohlstand der Gesellschaft die Aktien

zugleich an Wert gewinnen. Der Nachteil liegt aber darin, daß das Vorstandsmitglied eine fast unbeschränkte Macht in der Gesellschaft ausüben kann und oft dazu verleitet wird, mit Geschäften der Gesellschaft seinen eigenen Geldbeutel zu füllen. Dieser Uebelstand tritt besonders bei Abschluß von Verträgen seitens der Gesellschaft mit einem Vorstandmitglied zu Tage. Es darf hierbei nicht außer Acht gelassen werden, daß das Vorstandsmitglied nicht etwa als Privatperson handelt, wie z. B. ein Handlungsgehilfe, mit dem ein Vertrag geschlossen wird, sondern das Vorstandsmitglied handelt als Organ der Gesellschaft. Denn „die Eigenschaft als Organ haftet ihm unablöslich an" (Staub § 312 Anm. 4). Pflicht des Vorstandsmitgliedes ist es daher, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die aus dem Vertrage der Gesellschaft entspringenden Nachteile und Vorteile zu prüfen. Selbstverständlich kann man es einem Vorstandsmitglied nicht verübeln, auch seinen eigenen Vorteil wahrzunehmen. Nur muß das Mitglied nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände prüfen, unter welchen Bedingungen die Gesellschaft einen Vertrag der gleichen Art mit einem Dritten abschließen würde und danach seine Bedingungen stellen. Will das Mitglied diese Interessenkollision vermeiden, so muß es eben eines aufgeben: entweder die Aktionäreigenschaft oder wenigstens die Ausübung des Stimmrechtes oder seine Stellung als Vorstandsmitglied. Bei einem Konflikt der Pflichten geht die Pflicht gegenüber der Gesellschaft vor (RG. St. 36, 71). Katz a. a. O. S. 11 meint mit Recht, man werde im allgemeinen davon ausgehen, daß Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sich der Abschlüsse von Verträgen, bei welchen sie als Vertragskontrahenten der Gesellschaft gegenübertreten, zu enthalten haben (vergl. auch § 181 BGB). Man muß aber, da das Gesetz dem Abschluß solcher Verträge nicht entgegensteht, dem Gegenkontrahenten das Recht einräumen, auch hierbei unter den oben erwähnten Voraussetzungen seinen eigenen Vorteil wahrzunehmen.

Es ist mitunter schwer, festzustellen, wann ein ungetreues Verhalten bei Abschluß von Verträgen, z. B. Tantiemeerhöhung, Gehaltserhöhung, Beteiligung am Reingewinn usw. auf Seiten des Vorstandsmitgliedes vorliegt. Dies ist, wie schon bei der Erörterung über Annahme von Geschenken der Gesellschaft seitens der Vorstandsmitglieder auf Seite 18 ff. erwähnt, von Fall zu Fall aus den Umständen zu entnehmen. Hier entscheidet die Tüchtigkeit des Mitgliedes, seine gesellschaftliche Stellung, seine Beziehungen zur Großindustrie und zu führenden Banken, ferner die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft hinsichtlich ihres Vermögensstandes und die Angemessenheit der Beträge. Wird ein Vorstandsmitglied einer zivilrechtlichen Untreue bezichtigt und hat ein Richter zu entscheiden, ob Untreue vorliegt oder nicht, so ist es dem freien richterlichen Ermessen überlassen,

aus Sachverständigengutachten, die wohl hierbei die größte Rolle spielen dürften, und aus Zeugenaussagen sich ein richtiges Bild zu verschaffen, ob der in Frage stehende Fall unter Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände als Untreue gegenüber der Aktiengesellschaft anzusprechen ist. Der Gesetzgeber war sich wohl bewußt, gerade für Grenzfälle dem Richter einen größeren Spielraum zu lassen, da bei der stetig wechselnden Wirtschaftslage die Festsetzung von festumgrenzten Normen unhaltbar ist.

Eine Ausnahme macht der Anstellungsvertrag. Da das Vorstandsmitglied erst durch diesen in ein Vertrauensverhältnis zur Gesellschaft tritt, handelt es noch bei Abschluß dieses Vertrages als Privatperson. Bei jeder Aenderung dieses Vertrages jedoch haftet ihm nunmehr die Eigenschaft eines Organs der Gesellschaft an und seine Stellung als Vorstandsmitglied gebietet ihm, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen.

Die Auslegung des Reichsgerichts führt zu dem unhaltbaren Ergebnis, den Abschluß von Rechtsgeschäften mit Organmitgliedern gänzlich zu unterbinden, weil niemand Verträge abschließen wird, die ihm, obwohl sie vielfach im Interesse der Gesellschaft liegen, bei ungünstiger Auslegung die Möglichkeit einer Verantwortung in Aussicht stellen.

Noch folgendes ist zu erwähnen. Gewöhnlich besteht der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus mehreren Mitgliedern. Je nachdem, welche näheren Bestimmungen das Gesellschaftsstatut enthält, hat entweder jeder für sich Allein-Vertretungsmacht oder die Zustimmung aller Mitglieder ist erforderlich oder es entscheidet Stimmenmehrheit. Wie ist nun ein Mitglied hinsichtlich der Feststellung der Untreue zu beurteilen, das überstimmt worden ist? Da für jedes einzelne Mitglied des Vorstandes der Grundsatz gilt, die ihm übertragenen Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen, so macht es sich der Untreue schuldig, wenn es nicht alles zur Verhinderung des Beschlusses oder Abwendung von Schäden der Gesellschaft Mögliche getan hat. Vielfach wird die Protokollierung der entgegenstehenden Ansicht genügen. Es muß aber deutlich erkennbar sein, daß das betreffende Mitglied einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt.

Aus all dem ist ersichtlich, daß zivilrechtliche Untreue nur dann vorliegt, wenn vorsätzlich die bei Erfüllung der Obliegenheiten anzuwendende Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt ist. Unsere im § 2 dieser Abhandlung theoretisch entwickelte Definition der zivilrechtlichen Untreue im Aktienrecht ist nunmehr greifbarer und verständlicher geworden. Die Hauptschwierigkeit bietet die Feststellung des Vorsatzes auf Seiten der Vorstandsmitglieder und im Zusammenhang damit die

Feststellung der Verletzung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes. Ist diese Feststellung bejahend, so liegt Untreue vor. Fehlt nur ein Tatbestandsmerkmal, so kann von einer zivilrechtlichen Untreue keine Rede sein. Wie schon mehrmals erwähnt, kommt es für den Begriff der zivilrechtlichen Untreue nicht darauf an, ob aus der Handlung oder Unterlassung ein Schaden für die Gesellschaft entstanden ist. Denn untreu handelt, wer seine Pflichten vorsätzlich verletzt, ohne Rücksicht darauf, ob ein Schaden entstanden ist oder nicht.

b. Die Tätigkeit der Vorstandsmitglieder bei der Gründung der Gesellschaft beginnt sogleich nach ihrer Bestellung. Sie haben den Hergang der Gründung zu prüfen (§ 192 HGB.). Hier finden wir die interessante Tatsache, daß die Vorstandsmitglieder lediglich als Kontrollorgan tätig werden. Die Pflicht zur Prüfung ist den einzelnen Mitgliedern als solchen auferlegt, nicht dem Vorstand als Organ (Ausnahme § 192 Abs. 2). Jedes Vorstandsmitglied ist also zur Prüfung des gesamten Gründungshergangs verpflichtet. Das ergibt der § 192 HGB., der nur von den „Mitgliedern" spricht im Gegensatz zu den §§ 231, 232 HGB. (vergl. Pinner § 192 I; Makower § 192 I; Esser § 192 I; Staub § 192 Anm. 1). Infolgedessen kann auch kein Mitglied durch Mehrheitsbeschluß gezwungen werden, dem schriftlichen Bericht der anderen zuzustimmen. Vielmehr muß jedes Mitglied den Hergang der Gründung prüfen und seine Erklärung hierüber abgeben. Von der Prüfung ist ein Vorstandsmitglied nur dann befreit, wenn es entweder selbst zu den Gründern gehört oder sich einen Gründerlohn ausbedungen hat oder wenn eine sog. Sach-Gründung vorliegt (§ 192 Abs. 2 HGB.). Diese Beschränkung erklärt sich daraus, daß es dem Zwecke der Prüfung widersprechen würde, wenn das Vorstandsmitglied seine eigenen Handlungen zu prüfen hätte. Es ist dies auch aus dem Zwecke des Gesetzes zu folgern, daß die Kontrolle der Tätigkeit einer beteiligten Person durch einen Unbeteiligten stattfinden soll. Hierzu müssen eben besondere Revisoren bestellt werden, die entweder das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ (in Preußen die Handelskammer) oder das Gericht ernennt (§ 193 Abs. 3 HGB.).

Worauf sich die Prüfung zu erstrecken hat, bestimmt § 193, der nur einige Punkte besonders hervorhebt, z. B. auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals, sowie in Ansehung der Gründerbelohnung, Sacheinlagen und Uebernahmen (§ 186 HGB.) von den Gründern gemacht sind. Der Prüfungsbericht muß sich auch dahin aussprechen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten. Dazu gehört auch die Prüfung über die Einzahlung des Grundkapitals, ob auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Ein-

lagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist, oder ob der bar eingezahlte Betrag mindestens ein Viertel des Nennbetrages und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag mit umfaßt (§ 195 Abs. 3 HGB.). Man kann kurz sagen: die Prüfung hat sich auf die Gesamtheit der zur Entstehung der Gesellschaft wesentlichen Vorkommnisse zu erstrecken (Lehmann-Ring § 195 Nr. 1). Ueber die Prüfung ist schriftlich Bericht zu erstatten und dieser der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister beizufügen. Machen die Vorstandsmitglieder wissentlich falsche Angaben oder verschweigen sie irgendeinen wesentlichen Umstand, so verletzen sie ihre Pflicht und verdienen den Vorwurf der Untreue gegenüber der Gesellschaft.

§ 5. Die Untreue der Liquidatoren.

Da die rechtliche Stellung und die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit der kraft Gesetzes als Liquidatoren tätig werdenden Vorstandsmitglieder die gleiche ist wie die der bestellten Liquidatoren, so ist es zweckmäßiger, schon hier im Anschluß an die Erörterung der Untreue der Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung und der Gründung die Untreue der Liquidatoren zu behandeln, um geschlossen die gesamte Tätigkeit des geschäftsführenden Organs einer Aktiengesellschaft von ihrer Entstehung bis zu ihrer Vernichtung vor Augen zu haben.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet gewöhnlich (bei Verstaatlichung § 304 HGB. und bei der Fusion § 305 HGB. kann vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleibt) die Liquidation statt. Sie bezweckt die Abwicklung der laufenden Geschäfte, die Versilberung sämtlicher Vermögensgegenstände und die Verteilung des Erlöses. Der Ausdruck „Auflösung" geht etwas zu weit. In Wahrheit hört die Aktiengesellschaft nicht zu bestehen auf, sondern sie hört nur auf, ihre bisherige Tätigkeit zu verfolgen. Staub § 294 Anm. 5 bezeichnet diese Liquidationsgesellschaft treffend als „Selbstvernichtungsgesellschaft", d. h. sie bleibt solange bestehen, bis „dieser ihr einziger Zweck, die Selbstvernichtung, erreicht ist." Die Verfassung der Gesellschaft gilt als fortbestehend, solange Gesellschaftsvermögen noch vorhanden und die Firma der Gesellschaft nicht erloschen ist (Littauer § 294 Anm. b). Daher bleiben auch die Organe: Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand, jetzt Liquidatoren genannt, bestehen, wenn auch mit durch den veränderten Zustand bedingten eingeengten Befugnissen. Sofern nicht durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden, geschieht die Liquidation durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren (§ 295 Abs. 1).

Die Vorstandsmitglieder, die kraft Gesetzes zu Liquidatoren werden, bleiben regelmäßig in dem bisherigen Vertragsverhältnis (Lehmann-Ring § 295 Nr. 5; Litthauer a.a. O. S. 300; RGZ. IV S. 70 ff). Ihr Vertrauensverhältnis zur Gesellschaft ändert sich also dadurch, daß die Gesellschaft sich in Liquidation befindet, nicht. Und die gleiche Stellung nehmen auch die bei Auflösung der Gesellschaft neuernannten Liquidatoren ein. Wir haben im § 3 S. 13 ff. festgestellt, daß auch sie, mögen sie von der Gesellschaft durch Versammlungsbeschluß oder vom Gericht dazu bestellt sein, in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft stehen, das ihnen eine eigene Vertrauensstellung bei der Gesellschaft einräumt und ihnen eine besondere Pflicht zur Treue gegenüber dieser auferlegt. Die Grundlage für untreue Handlungen ist damit gegeben.

Wir müssen auch hier auf die von uns im § 2 dieser Abhandlung gefundenen Definition der Untreue zurückgreifen:

> „Untreue ist die vorsätzliche Verletzung der bei Erfüllung der Obliegenheiten anzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes."

Da die Liquidatoren die Stelle der Vorstandsmitglieder einnehmen, haben sie innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes. Sie unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrat (§ 298 Abs. 2). Daher haben sie bei der Geschäftsabwicklung die Obliegenheiten zu erfüllen, die vor der Auflösung den Vorstandsmitgliedern zugewiesen waren. Auch sie müssen die Beschränkungen einhalten, die das Gesetz, das Gesellschaftsstatut, die Beschlüsse der Generalversammlung oder ihr Anstellungsvertrag ihnen auferlegen. Nur der Zweck ihrer Geschäftsführung ist ein anderer. Während die Vorstandsmitglieder nicht nur das Vermögen der Gesellschaft zu verwalten haben, sondern bestrebt sein müssen, für die Gesellschaft Gewinne zu erzielen, haben die Liquidatoren, dem Zweck der Liquidation entsprechend, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen.

Einige gesetzlich geregelte Pflichten sollen kurz erwähnt werden:

Die Liquidatoren haben gemäß § 299 HGB. für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen, und zwar ist die Liquidationseröffnungsbilanz binnen drei Monaten nach der Auflösung der Aktiengesellschaft auf den Tag des Beginns der Liquidation aufzustellen. Dies gilt auch dann, wenn die Aktiengesellschaft kurz zuvor eine Jahrebilanz errichtet hat (RGSt. 45, 238). Das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft kann beibehalten werden. Für die Gläubiger sind besondere Schutzmaßnahmen getroffen, die eine voreilige Verteilung von Gesellschaftsvermögen verhindern

und besonders die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gewährleisten sollen. Infolgedessen haben die Liquidatoren unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen (§ 297 HGB.). Dies ist in erster Linie zum Schutze der unbekannten Gläubiger vorgeschrieben. Erst wenn seit dem Tage, an welchem die öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum 3. Male stattgefunden hat, ein Jahr (das sog. Sperrjahr) verstrichen ist, darf die Verteilung des Vermögens erfolgen. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen (§301 Abs. 1 und 2 HGB.). Das Konkurrenzverbot (§ 236 HGB.) besteht für die Liquidatoren nicht, es sei denn, daß es vertraglich festgesetzt ist. (Vergl. Staub § 298 Anm. 12; Lehmann-Ring § 298 Nr. 6; Esser § 298 Anm. 6.) Nach Beendigung der Liquidation haben die Liquidatoren das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bücher und die Papiere der Gesellschaft sind an einem von dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft zu bestimmenden sicheren Ort zur Aufbewahrung auf die Dauer von 10 Iahren zu hinterlegen (§ 302 HGB.).

Eine vorsätzliche Verletzung der von den Liquidatoren zu erfüllenden Obliegenheiten ist Untreue gegenüber der Gesellschaft. Die allgemeinen Ausführungen bei der Behandlung der Untreue der Vorstandsmitglieder finden entsprechend der gleichen Stellung der Liquidatoren Anwendung, und es kann auf sie verwiesen werden.

§ 6. Die Untreue der Stellvertreter der Vorstandsmitglieder und der Liquidatoren.

Da im § 3 S. 11 unserer Abhandlung festgestellt worden ist, daß die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften auch auf deren Stellvertreter Anwendung finden, können wir bezüglich der Untreue der Stellvertreter auf das verweisen, was über die Untreue der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren — denn diese stehen ja rechtlich den Vorstandsmitgliedern gleich — gesagt worden ist.

Bei den Stellvertretern kommt aber noch eine besondere Pflicht hinzu — das folgt aus der Stellung als Stellvertreter. — Sie sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, nur dann handelnd aufzutreten, wenn der Fall der Stellvertretung wirklich vorliegt. Außerdem haben sie natürlich die durch Gesetz, Gesellschaftsstatut, Anweisung der Generalversammlung und Anstellungsvertrag gezogenen Grenzen innezuhalten. Werden sie

trotz des Nichteintritts des Vertreterfalles mit Wissen für die Gesellschaft tätig, so ist zwar das Rechtsgeschäft für die Gesellschaft bindend, aber nach innen müssen sie die Folgen dieses Handelns vertreten. Daß aber bei einem vorsätzlichen Handeln immer Untreue vorliegt, kann nicht ohne weiteres behauptet werden. Man denke nur daran, daß ein Vorstandsmitglied zufällig nicht anwesend ist, aber irgend etwas geschehen muß, um einen größeren Schaden für die Gesellschaft zu verhüten. Wenn in diesem Falle ein stellvertretendes Vorstandsmitglied mit schnellem Entschluß eine Entscheidung trifft, die einen drohenden Schaden abwendet, obwohl es weiß, daß es nicht handeln darf, begeht es da Untreue? Man wird diese Frage darauf abstellen müssen, ob der Stellvertreter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgegangen ist und die Interessen der Gesellschaft vor Augen gehabt hat. Erkennt die Gesellschaft, daß das schnelle Handeln des Stellvertreters sie vor größerem Schaden bewahrt hat, so wird sie ihm schwerlich den Vorwurf der Untreue machen. Bei Beurteilung derartiger Fälle müssen alle Umstände berücksichtigt werden. Ganz allgemein aber kann gesagt werden, daß der Stellvertreter untreu handelt, wenn er seine durch die Stellvertretung gezogenen Machtbefugnisse vorsätzlich überschreitet.

§ 7. Die Untreue der Aufsichtsratsmitglieder.

Was die Untreue der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft betrifft, so ist folgendes zu sagen:

Wie schon der Name „Aufsichtsrat" andeutet, ist es die erste Pflicht des Aufsichtsrates, den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu beaufsichtigen, zu kontrollieren. Man nennt daher den Aufsichtsrat auch kurz das Kontrollorgan. Allerdings ist diese Bezeichnung zu eng gefaßt: der Aufsichtsrat hat neben seinen überwachenden Funktionen auch rein verwaltungsrechtliche Pflichten zu erfüllen. So ist ihm z. B. durch das Gesetz in bedeutendem Umfange eine Mitwirkung bei der Geschäftsführung zugeschrieben (vergl. §§ 238, 246 Abs. 2 HGB.) und die Befugnis vorbehalten, die Gesellschaft zu vertreten (vergl. §§ 247, 271 Abs. 4). Trotzdem kann man aber mit Recht sagen, daß die Haupttätigkeit des Aufsichtsrates in dem Beaufsichtigen der Gesellschaft liegt.

Eine erschöpfende Darstellung des gesamten Pflichtenkreises der Aufsichtsratsmitglieder gibt das Gesetz nicht. Das wäre auch unmöglich. In den wenigen Parapraphen des HGB. stellt das Gesetz daher nur Grundlinien auf, nach denen die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben zu erfüllen haben, und überläßt die Ausgestaltung dieser Richtlinien dem Gesellschaftsstatut und Anstellungsvertrag. Was im § 4 bei der Erörterung der Untreue der Vorstandsmitglieder bezügl. der Erweiterung

und Erschränkung ihres Pflichtenkreises durch Gesellschaftsstatut, Anstellungsvertrag und Generalversammlungsbeschlüsse gesagt ist, gilt auch hier. Die Pflicht zur Treue, begründet durch den Anstellungsvertrag, reicht nur so weit, als Gesetz, Gesellschaftsstatut (§ 246 Abs. 3 HGB.), Beschlüsse der Generalversammlung (mit derselben Begründung wie bei den Vorstandsmitgliedern unter Hinweis auf § 243 Abs. 1) und Anstellungsvertrag die Befugnisse festsetzen. Von den gesetzlichen Obliegenheiten kann ein Aufsichtsratsmitglied weder durch das Gesellschaftsstatut noch Anstellungsvertrag befreit werden (Lehmann-Ring § 346 Nr. 4).

Den allgemeinen Rahmen der Beaufsichtigungspflicht gibt § 246 HGB. Abs. 1: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu diesem Zwecke von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten". Dabei und bei Erfüllung der sonstigen Obliegenheiten haben die Mitglieder des Aufsichtsrates die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Obwohl die Kontrolltätigkeit dem Aufsichtsrat nur als geschlossenem Organ zusteht, also nur alle Mitglieder sie ausüben können, so richten sich trotzdem die einzelnen Bestimmungen in erster Linie gegen die einzelnen Mitglieder. Denn bei Verfehlungen wird nicht der Aufsichtsrat als Organ, sondern das Mitglied, das es an der nötigen Sorgfalt hat fehlen lassen, verantwortlich gemacht. Wir können daher, ohne uns den Vorwurf der Ungenauigkeit machen zu lassen, von den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrates sprechen, wenn auch manche Funktionen dem Aufsichtsrat als Organ zustehen. Und das um so mehr, als vorsätzliche Pflichtverletzung, m. a. W. Untreue, wie wir schon oben (vergl. § 3 S. 8 ff.) festgestellt haben, nur von physischen Personen begangen werden kann.

Die Aufsichtspflicht äußert sich sowohl gegenüber dem Vorstand und den Angestellten, als auch gegenüber der Generalversammlung. Das geht aus der Fassung des § 246 „in allen Zweigen der Verwaltung" hervor.

Was die Ueberwachung des Vorstandes und der Angestellten betrifft, so ist darunter das Recht und die Pflicht zu verstehen, jede geschäftliche Tätigkeit des Vorstandes und der Angestellten zu kontrollieren. Der Aufsichtsrat hat sich zu diesem Zwecke von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Eine Reihe von Vorschriften, deren Erfüllung besonders zu beachten ist, gibt das Gesetz. „Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen" (§ 245 Abs. 1).

Streit herrscht in der Literatur darüber, ob der Aufsichtsrat auch gegenüber den Angestellten eine direkte Aufsichtspflicht hat. Die von Staub § 246 Anm. 2 vertretene Ansicht, daß das Kon-

trollrecht sich nur gegen den Vorstand richte, da der Aufsichtsrat zu den Angestellten in keiner direkten Beziehung stehe und daher ihnen gegenüber bei etwaiger Weigerung, sich der Kontrolle zu unterwerfen, kein direktes Machtmittel habe, ist nicht im vollen Umfange beizupflichten. Hagen a. a. O. S. 336 ff. folgert daraus, daß Art. 225 des a. HGB. nur „von der Ueberwachung des Vorstandes bei seiner Geschäftsführung" sprach, während im neuen HGB. „die Ueberwachung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung" dem Aufsichtsrat zur Pflicht gemacht ist, daß nicht nur der Vorstand der Ueberwachung unterliege, sondern daß auch alle anderen Organe und Personen, wie Abteilungsleiter, Prokuristen, Techniker, Buchhalter usw. der direkten Kontrolle durch den Aufsichtsrat unterworfen seien. Abgesehen von dieser rein historischen Deduktion, die nicht zu beanstanden ist, scheint auch der Wille des Gesetzgebers darauf abgezielt zu haben, in dem Aufsichtsrat ein Organ zu schaffen, welches das gesamte Aktienunternehmen einer stetigen Kontrolle unterziehen und sich auf Grund eigener Prüfung über den jeweiligen Stand der Geschäfte auf dem Laufenden zu halten hat. Das kann er aber nur, wenn er auch die Angestellten kontrolliert. Auf Mißstände, die dem Aufsichtsrat aufgefallen sind, wird er sich allerdings in der Regel an den Vorstand wenden. Es würde gewissermaßen ein Mißtrauensvotum gegenüber dem Vorstand sein und zu unerquicklichen Verhältnissen innerhalb der Gesellschaft führen, würde der Aufsichtsrat über den Kopf des Vorstandes hinweg direkte Anweisungen den Angestellten geben. Darauf hinaus will auch anscheinend Staub. Denn auch er verkennt nicht, daß durch das neue HGB. die Aufsicht, sofern der Geschäftsbetrieb durch andere Organe oder Personen besorgt wird, sich auch auf diese erstrecken muß (Staub § 246 Anm. 2). Einem tüchtigen Vorstand kann und soll Vertrauen geschenkt werden. Das Vertrauen darf aber nicht „zur Vertrauensseligkeit und Versäumnis der selbst übernommenen Pflichten ausarten" (Bauer a. a. O. S. 159). Man wird mit der herrschenden Meinung sagen können, daß das Kontrollrecht sich gegen alle der Gesellschaft angehörenden Personengruppen richtet, daß aber ein direkter Verkehr mit den dem Vorstand unterstellten Personen im Interesse gedeihlichen Arbeitens zu vermeiden ist.

In welcher Weise der Aufsichtsrat seiner Kontrollpflicht nachzukommen hat, ist nicht gesagt. Dies richtet sich nach dem jeweiligen Fall. Schon die Art und Größe des Unternehmens der Gesellschaft kann die Aufsichtspflicht verschieden gestalten. Die Beaufsichtigung einer Bank wird z. B. ganz anders ausgeübt werden, als die einer Industriegesellschaft. Ferner wird die Kontrolle einer kleineren Gesellschaft intensiver und übersichtlicher gehandhabt werden können als die eines größeren Weltunternehmens. Bei der Beaufsichtigungspflicht eine allgemeine Regel für das Maß zu geben, ist unmöglich. Wenn der Gesetzgeber

bei Erfüllung der Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftmannes verlangt, so stellt er es dem freien Ermessen der Aufsichtsratsmitglieder anheim, den rechten Weg zu finden, oder das Statut greift mit näheren ausführlicheren Kontrollbestimmungen ein. Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind aber nicht verpflichtet, ihre ganze Tätigkeit etwa ihrem Amte zu widmen oder sich über jede Einzelheit der Geschäftsführung zu informieren und alle Zweige der Verwaltung bis ins Kleinste zu kontrollieren. Damit würde etwas Unmögliches von den Aufsichtsratsmitgliedern verlangt werden. Es genügt, wenn sie ihre Pflicht innerhalb der Grenze des Möglichen und Ueblichen erfüllen, z. B. die nötigen Revisionen vornehmen, genügende Berichterstattung fordern und, wenn nötig, einschreiten, ferner bei Prüfung der Bilanzen die größte Sorgfalt anwenden. Findet hierbei ein Aufsichtsratsmitglied Unregelmäßigkeiten und Mißstände, so ist es seine Pflicht, diese aufzudecken und auf Abstellung zu dringen. Untreue gegenüber der Gesellschaft liegt erst dann vor, wenn einem Mitglied nachgewiesen werden kann, daß es vorsätzlich die obenerwähnten Pflichten nicht erfüllt hat, selbst dann, wenn es glaubte, sich auf die Prüfung und Berichterstattung der anderen Mitglieder verlassen zu können.

Um die Kotrolltätigkeit in möglichst großem Umfange ausüben zu können, bestimmt das Gesetz, daß der Aufsichtsrat sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten hat. Dieses Recht, sich Informationen zu verschaffen, darf nun aber nicht zu weit ausgedehnt werden. Es findet seine Grenzen in dem Augenblick, wo dem Aufsichtszweck genügt ist. Darauf deutet der Zusatz „zu diesem Zwecke" hin, der einmal einer Ausdehnung der Informationsbefugnis über den Ueberwachungszweck hinaus vorbeugen, andererseits andeuten soll, daß die Informationspflicht soweit geübt werden muß, als jener Zweck es erfordert (Staub § 246 Anm. 3). Sie soll keineswegs schikanös erfolgen, was nur dem Geschäftsbetrieb hinderlich und hemmend wäre, sondern nur zur Anwendung kommen, soweit die Aufsicht zweckdienlich ist (vergl. auch Stier-Somlo a. a. O. S. 44). Von dem Gange der Angelegenheiten muß sich der Aufsichtsrat Kenntnis verschaffen. Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entspricht, wenn die Aufsichtsratsmitglieder sich nur in einer Angelegenheit zum Teil informieren, sich also nur mit einigen wenigen Angaben zufrieden geben. Die Mitglieder müssen einen vollständigen Einblick über die ganze Sachlage gewinnen. Wohl aber kann der Einwand, falsch unterrichtet zu sein, entschuldigen, wenn der Sorgfaltspflicht Genüge getan ist. Denn einen Vertrauensbruch begeht ein Mitglied erst dann, wenn es vorsätzlich die Aufsichtspflicht verletzt hat. Hat aber ein Mitglied des Aufsichtsrats die Geschäfte verfolgt und geprüft und nichts entdeckt, was zu Beanstandungen Anlaß geben könnte, so kann ihm daraus

kein Vorwurf gemacht werden, daß er z. B. von den Vorstandsmitgliedern getäuscht worden ist oder die Vorstandsmitglieder Tatsachen so geschickt verschwiegen oder verschleiert haben, daß sie bei Anwendung der möglichen oder üblichen Sorgfalt nicht erkannt werden konnten. Man denke nur an die Bilanzen größerer Gesellschaften, an deren Aufstellung eine Unzahl von Beamten wochen- und monatelang gearbeitet hat und die dann dem Aufsichtsrat vorgelegt werden. Man würde etwas Unmögliches verlangen, wollte man den einzelnen Mitgliedern zumuten, eine genaue Prüfung vorzunehmen. Hier wird es genügen, wenn aus der Bilanz genügend Stichproben an Hand der Geschäftsbücher oder sonstiger Unterlagen gemacht werden (vergl. Staub § 246 Anm. 8). Treten aber Verdachtsmomente auf, so würden sich die Aufsichtsratsmitglieder der Untreue schuldig machen, wenn sie eine eingehende Prüfung nicht vornehmen.

Schon bei Erörterung der Untreue der Vorstandsmitglieder (siehe oben § 4) ist wiederholt angedeutet worden, daß verschiedene Grundsätze auch für die Beurteilung der Untreue von Aufsichtsratsmitgliedern entsprechende Anwendung findet. So sei daher an dieser Stelle daran erinnert, um Wiederholungen zu vermeiden, nach welchen Gesichtspunkten die Verteilung von sog. Werkfreunde-Aktien, die besonders Mitglieder des Aufsichtsrates als „Werkfreunde" erhalten, für die Frage der Untreue zu beurteilen ist (vergl. S. 17 ff.). Ferner an Schenkungen, die die Gesellschaft an Außenstehende oder an Aufsichtsratsmitglieder vermittelt (vergl. S. 18 ff.), oder an die Fälle, in denen ein Aufsichtsratsmitglied auf Grund seines Aktienbesitzes seinen Einfluß in der Generalversammlung zur Geltung bringt (vergl. S. 28 ff.). Erinnert sei auch an die rechtliche Beurteilung der mit Aufsichtsratsmitgliedern abgeschlossenen Verträge, in denen Gehalt, Tantieme, Provision usw. festgesetzt sind (vergl. S. 28 ff.). Ferner an die Strafbestimmungen der §§ 314 bis 315 HGB., die selbstverständlich zivilrechtliche Untreue enthalten, da nur eine vorsätzliche Verletzung Strafe nach sich zieht. In allen diesen Fällen beurteilt sich das Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder nach denselben Grundsätzen wie bei den Vorstandsmitgliedern. Wir können daher auf das oben Gesagte Bezug nehmen.

Besonders erwähnenswert ist die Bestimmung des § 246 Abs. 4: „Die Mitglieder des Aufsichtsrates können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen übertragen". Diese Bestimmung verbietet den einzelnen Mitgliedern, aus eigener Machtvollkommenheit bestimmte Funktionen einem andern zu übertragen, m. a. W., sie soll verhindern, daß der Einzelne die ihm statuten- und geschäftsordnungsmäßig obliegenden Geschäfte auf einen anderen abwälzt (vergl. Esser § 246 Anm. 6; Staub § 246 Anm. 11; Makower § 246 IV; Lehmann-Ring § 246 Nr. 6). Dieses Verbot erstreckt sich sowohl auf die Uebertragung von Obliegenheiten an fremde Personen, als auch an andere Aufsichtsratsmit-

glieder. Damit soll aber dem einzelnen Mitglied nicht untersagt sein, für die Ausübung seiner Tätigkeit sich erforderlichenfalls sachverständiger Hilfe zu bedienen, beispielsweise technisch oder juristisch vorgebildete Personen hinzuzuziehen oder einen Bücherrevisor mit der Prüfung der Geschäftsbücher und Bilanzen zu betrauen. Untreue kann erst dann als vorliegend erachtet werden, wenn das Mitglied vorsätzlich unterläßt, die von ihm zu Hilfe herangezogenen Personen zu beaufsichtigen. Daß die allgemeine Beaufsichtigungspflicht auch gegenüber den zur Hilfe herangezogenen Personen besteht, ist schon daraus zu erklären, daß diese an Stelle des Aufsichtsratsmitgliedes tätig werden, während das betreffende Aufsichtsratsmitglied verantwortlich bleibt.

Werden innerhalb des Aufsichtsrates einzelne Mitglieder für bestimmte Fälle mit der Nachprüfung betraut oder eine Kommission gebildet, z. B. zur Revision der Kasse oder Prüfung der Bücher, so ist im allgemeinen davon auszugehen, daß die Aufsichtsratsmitglieder ihrer Pflicht genügt haben, wenn sie vertrauenswürdige, sachverständige Mitglieder ausgewählt haben und sich mit deren Berichterstattung zufrieden geben. Für untreues Verhalten derselben können sie dann nicht verantwortlich gemacht werden. Sie machen sich nur dann der Untreue schuldig, wenn sie wußten, daß sie unfähige Personen dazu bestellt haben.. Meistens jedoch wird das Gesellschaftsstatut eingehende Bestimmungen über die Bildung von Kommissionen, über Delegation eines Mitgliedes und über ihre Pflichten bezüglich der Kontrolle enthalten.

Mitunter kommt es vor, daß Aufsichtsratsmitglieder zu vorübergehenden Stellvertretern von behinderten Vorstandsmitgliedern bestellt werden (vergl. § 248 HGB). Während dieser Zeit und bis zur Entlastung darf der Stellvertreter seine Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates nicht ausüben. Er wird Vorstandsmitglied und ist verpflichtet, die Obliegenheiten eines Vorstandsmitgliedes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen. Als Aufsichtsratsmitglied kann er dann insoweit natürlich keine Untreue gegenüber der Gesellschaft begehen.

Wir haben bis jetzt nur von der Untreue bei der Beaufsichtigungspflicht gegenüber dem Vorstande gesprochen. Auch gegenüber der Generalversammlung besteht eine Kontrollpflicht der Aufsichtsratsmitglieder. Dies erscheint auf den ersten Blick eigenartig, da ja gerade die Generalversammlung es ist, die den Aufsichtsrat zu wählen hat (vergl. § 243 Abs. 1). Die Generalversammlung schafft damit also ihr eigenes Aufsichtsorgan. Doch diese Kontrolle der Generalversammlung rechtfertigt sich damit, daß auch die Generalversammlung als selbständiges Organ durch ihre Beschlüsse die Gesellschaft schädigen kann. Das Gesetz weist der Generalversammlung gerade die wichtigsten Funktionen zu, z. B. Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, Ge-

nehmigung der Bilanz, Festsetzung der Dividenden, Auflösung der Gesellschaft usw. Man sieht, daß diese Bestimmungen darauf abzielen, das Grundkapital der Gesellschaft zu erhalten. Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist es daher — und das ergibt sich aus dem § 249 Abs. 3 in Verbindung mit § 241 Abs. 3 —, darüber zu wachen, daß das Grundkapital der Gesellschaft nicht durch einen übereilten Beschluß der Generalversammlung verringert wird. Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind wie die Mitglieder des Vorstandes verantwortlich, wenn „mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten" Handlungen der in diesen Paragraphen bezeichneten Art vorgenommen werden. Sie begehen also Untreue, wenn sie die Generalversammlung nicht auf den gesetzwidrigen Beschluß hinweisen oder den schädigenden Beschluß nicht zu verhindern suchen. Jedes Mitglied des Aufsichtsrates ist nach § 271 Abs. 4 HGB. sogar befugt, im Wege der Anfechtungsklage den Beschluß zu beseitigen. Schon daraus folgt, daß jedes einzelne Mitglied die Beschlüsse der Generalversammlung daraufhin zu prüfen hat, ob sie auch dem Gesetz oder Gesellschaftsstatut entsprechen. Selbst hierbei ist Untreue gegenüber der Gesellschaft möglich, dann nämlich, wenn das Aufsichtsratsmitglied die Gültigkeit des Beschlusses erkannt hat, trotzdem aber die Anfechtungsklage erhebt, um beispielsweise die Ausführung des Beschlusses im Hinblick auf eigene Interessen zu verzögern.

Neben der reinen Kontrollfunktion sind durch das Gesetz dem Aufsichtsrat rein verwaltungsrechtliche Befugnisse zugeteilt, die sich in verwaltende, vertretende und beratende zergliedern lassen. Hierbei wird der Aufsichtsrat teilweise als Organ tätig, teilweise sind auch den einzelnen Mitgliedern Aufgaben zugewiesen. Doch, wie wir gesehen haben, läßt dieses bei der Erörterung der Untreue keine Bedenken aufkommen. Denn selbst, wenn der Aufsichtsrat als Beschlußorgan tätig wird und der Vorwurf der Untreue erhoben wird, so können nur diejenigen Mitglieder zur Verantwortung gezogen werden, die den Beschluß herbeigeführt, nicht aber auch die, welche bei der Abstimmung mit ihrer Meinung in der Minderheit geblieben sind und ihren Widerspruch deutlich zum Ausdruck gebracht haben (vergl. oben S. 30 ff.).

Als eine verwaltende Funktion stellt sich die Einberufung der Generalversamlung dar. Diese ist immer dann einzuberufen, wenn das Interesse der Gesellschaft eine solche Maßnahme erforderlich macht. Diese Vorschrift hat zu lebhaften Streitfragen und Erörterungen Anlaß gegeben, besonders als das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 3. 5. 02 (abgedruckt bei Holdheim 11, 266) die Frage, wann das Interesse der Gesellschaft die Einberufung verlange, näher dahin zu definieren suchte, „daß der Aufsichtsrat — dasselbe gilt auch vom Vorstand — verpflichtet sei, sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und

deshalb das Interesse der Aktionäre im besonderen Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern". Daß diese Ansicht zu verwerfen ist, liegt auf der Hand. Da das Gesetz von „Interesse" spricht, zeigt es, daß gerade wirtschaftliche Gesichtspunkte mitzusprechen haben. Bei schwerwiegenden Entscheidungen, die das Interesse der Gesellschaft berühren, sofort eine Generalversammlung einzuberufen, dürfte etwas Unmögliches sein, abgesehen davon, daß im kaufmännischen Leben in vielen Fällen schnelles Handeln erforderlich ist. „Den schwerfälligen Apparat der Generalversammlung in Bewegung zu setzen," wie Staub § 233 Anm. 4 sagt, würde in zahlreichen Fällen gerade den entgegengesetzten Erfolg haben, nämlich Schädigung und Zerstörung der Erwerbsfähigkeit der Gesellschaft. Die herrschende Meinung schließt sich der am 27. Juristentag auf Rissers Vorschlag beschlossenen Fassung an, der auch wir uns anschließen: „Wie über alle anderen Fragen der Geschäftsführung, so hat auch über die Frage, ob und wann die Einberufung einer Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, der Vorstand, bezw. der Aufsichtsrat nach seinem pflichtmäßigen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes je nach Lage des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden" (abgedruckt bei Staub § 253 Anm. 4).

Staub gibt sich mit dieser Ansicht nicht zufrieden, da sie abstrakt sei. Nach ihm (Staub § 253 Abs. 4) ist „der Vorstand bezw. der Aufsichtsrat verpflichtet, die Generalversammlung in den Fällen zu berufen, in denen Gesetz oder Statut dies besonders vorschreiben, ferner dann, wenn es sich um Eingehung ungewöhnlicher Geschäfte handelt". Abgesehen davon, daß schon in den Fällen, in denen Gesetz oder Statut die Einberufung vorschreiben, bei vorsätzlicher Nichteinberufung Untreue vorliegt, können auch über die Frage, was unter „ungewöhnlichen Geschäften" zu verstehen ist, leicht die Meinungen auseinandergehen.

Von dem Aufsichtsrat ist die Generalversammlung jedoch stets zu berufen, wenn gemäß § 254 Abs. 1 HGB. Aktionäre, deren Anteile zusammen den 20. Teil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Eine weitere geschäftsführende Pflicht des Aufsichtsrates besteht darin, der Generalversammlung über die Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen — darunter sind auch die Zwischenbilanzen zu verstehen (vergl. Staub § 246 Anm. 8; Makower § 246 S. 536; Lehmann-Ring § 246 Nr. 2) — und der Vorschläge für die Gewinnverteilung Bericht zu erstatten, sowie Bemerkungen zum Entwurf der Jahresbilanz, zur Gewinn- und Verlustrechnung und zum Geschäftsbericht abzufassen. Ob dieser Bericht mündlich oder schriftlich zu erfolgen hat, ist nicht gesagt. Makower meint, daß der im § 246 erwähnte „Bericht" nicht mit den in den §§ 260, 263, 265 erwähnten „Bemer-

kungen" gleichgestellt werden kann, und folgert daraus, daß der Bericht nach dem Ermessen des Aufsichtsrats mündlich oder schriftlich sein k a n n, während die Bemerkungen schriftlich sein m ü s s e n (Makower § 246 III a. 1 ζ). Ein falscher, irreführender Bericht und Bemerkungen, die den Sachverhalt verschleiern, sind mit der Vertrauensstellung der Aufsichtsratsmitglieder nicht vereinbar. Die betreffenden Mitglieder verletzen ihre Treupflicht und begehen Untreue. Zur Erzwingung dieser besonders wichtigen Vorschriften sind sogar schwere Strafen angedroht (vergl. § 314 Abs. 1 Satz 1 HGB.).

Außer den hier angeführten Obliegenheiten des Aufsichtsrates erwähnt das Gesetz noch zahlreiche andere, die ebenfalls zu seiner geschäftsführenden Tätigkeit gehören und deren vorsätzliche Verletzung Untreue gegenüber der Gesellschaft ist. Daß diese Funktionen durch den Gesellschaftsvertrag noch beliebig erweitert werden können, ist schon erwähnt worden (vergl. auch § 246 Abs. 3 HGB.).

Als eine verwaltungsrechtliche Aufgabe stellt sich die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates dar, deren einzelne Bestimmungen teilweise schon bei den Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes aufgetaucht sind. Obwohl an sich gemäß § 231 Abs. 1 HGB. der Vorstand die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertritt, bestehen Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel zugunsten des Aufsichtsrates, mitunter auch zugunsten der einzelnen Mitglieder desselben. Regelmäßig ist eine Mitwirkung aller Mitglieder des Aufsichtsrates als Gesamtvertreter vorgeschrieben. Doch kann ein einzelnes Mitglied auf Grund besonderer Vollmacht im Namen des Aufsichtsrates die Gesellschaft rechtsgültig vertreten (vergl. oben).

Gemäß § 247 Abs. 1 ist der Aufsichtsrat befugt, bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern die Gesellschaft zu vertreten. In Betracht kommen hier meist Anstellungsverträge sowie deren Abänderung. Diese Vorschrift erhält aber erst dann Geltung, wenn der Vorstand als der eigentliche Vertreter der Gesellschaft aus irgendeinem Grunde verhindert ist. Streit herrscht über die Frage, ob der Aufsichtsrat auch dann der ausschließliche Vertreter der Gesellschaft ist, wenn der Vorstand unter Berücksichtigung des § 181 BGB. ohne die Mitglieder, mit denen ein Vertrag abgeschlossen werden soll, vertretungsfähig ist. Staub (§ 247 Anm. 1) und Makower (§ 247 I) halten den Aufsichtsrat in diesem Falle noch nicht befugt, die Gesellschaft zu vertreten. Doch hat Staub selbst Zweifel, ob das Selbstkontrahieren des Vorstandes mit Vorstandsmitgliedern in jedem Falle nach Lage der Sache als gestattet gilt. Er empfiehlt daher, daß zur Vermeidung der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte der Aufsichtsrat die Vertretung der Gesellschaft übernehmen solle, „wenn nach Lage der Sache zweifelhaft ist, ob das Selbst-

kontrahieren als gestattet gelten kann". Damit nähert er sich der gegenteiligen Ansicht von Lehmann-Ring (§247 Nr. 1), der mangels anderweitiger Regelung für Rechtsgeschäfte mit Vorstandsmitgliedern nicht den Vorstand, sondern ausschließlich den Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft für ermächtigt hält. Er folgert dies aus dem Sinn des Gesetzes. Da in der Wissenschaft die Meinungen geteilt sind, so empfiehlt es sich, im Gesellschaftsstatut nähere Bestimmungen darüber aufzustellen, andernfalls man dem Aufsichtsratsmitglied keinen Vorwurf aus seinem Verhalten wird machen können. Denn die Praxis der Gerichte entscheidet nach freiem Ermessen, so daß man vorher nie sagen kann, welchen Standpunkt wohl das Gericht einnehmen wird. Das Mitglied des Aufsichtsrates kann sich aber damit verteidigen, daß es die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes beobachtet habe, eine Behauptung, die die Gesellschaft bei den über diese Frage auseinander gehenden Meinungen selten widerlegen kann.

Bei dieser Streitfrage kann Untreue nur vorliegen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied die Gesellschaft vertritt, während dies ihm ausdrücklich verboten ist.

Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats äußert sich ferner darin, daß gemäß § 247 Abs. 1 HGB. der Aufsichtsrat befugt ist, die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten gegen die Vorstandsmitglieder zu führen. Auch ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung kann der Aufsichtsrat gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates selbst handelt.

Soll ein Generalversammlungsbeschluß angefochten werden oder die Nichtigkeitsklage erhoben werden, so wird die Gesellschaft entweder durch den Vorstand vertreten, wenn der Aufsichtsrat die Klage anstrengt, oder durch den Aufsichtsrat, wenn der Vorstand klagt. Im allgemeinen wird gemäß § 272 HGB. bei Anfechtungsklagen von Seiten der Aktionäre oder Dritten die Gesellschaft von dem Vorstand und Aufsichtsrat zusammen vertreten. In diesem Falle wird zweckmäßigerweise gewöhnlich ein gemeinsamer Prozeßbevollmächtigter ernannt, um ein einheitliches Handeln vor Gericht zu gewährleisten. Klagen Vorstand und Aufsichtsrat gegen die Gesellschaft, so ist der Gesellschaft vom Vorsitzenden des Prozeßgerichtes ein besonderer Vertreter zu bestellen (§ 55 ZPO.).

Wann nun in den Fällen, in denen die Mitglieder des Aufsichtsrates Vertreterfunktionen ausüben, ein untreues Verhalten vorliegt, muß von Fall zu Fall entschieden werden. Das Recht, Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten, darf nur ausgeübt werden, wenn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die Grundlagen der Klage geprüft sind und die Interessen der Gesellschaft die Erhebung der Klage rechtfertigen. Die Mit-

glieder des Aufsichtsrates würden sich der Untreue schuldig machen, wenn sie eigene Interessen im Auge haben, wenn sie z. B. die Ausführung eines Beschlusses verzögern wollen, der ihren eigenen Plänen im Wege steht, und zu diesem Zwecke die Nichtigkeitsklage anstrengen. Das läßt sich eben mit der Vertrauensstellung der Aufsichtsratsmitglieder zur Gesellschaft nicht vereinbaren. Andererseits aber erfüllen sie den Tatbestand der zivilrechtlichen Untreue, wenn sie bei voller Erkenntnis der Nichtigkeit eines Beschlusses diesen nicht anfechten.

§ 8. Beginn und Beendigung des Treuverhältnisses der Organmitglieder zur Aktiengesellschaft.

Für die Frage, von welchem Augenblick an ein Organmitglied untreue Handlungen begehen kann, kommen zwei Zeitpunkte in Betracht:

1. der Zeitpunkt des Abschlusses des Anstellungsvertrages und
2. der Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, da nach § 200 Abs. 1 Satz 1 HGB. vor Eintragung in das Handelsregister die Gesellschaft als solche noch nicht besteht.

Besteht schon die Gesellschaft, ist sie also schon eingetragen, und wird ein neues Mitglied in den Vorstand oder Aufsichtsrat gewählt, so ist die Entscheidung einfach: Mit Abschluß des Anstellungsvertrages beginnen die einem Organmitglied obliegenden Pflichten, von diesem Augenblick an befindet sich das betreffende Mitglied in einem Vertrauensverhältnis zur Gesellschaft. Erst jetzt ist es verpflichtet, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes seine ihm als Organmitglied obliegenden Pflichten zu erfüllen. Untreue ist daher erst von diesem Augenblick an möglich. Damit erübrigt sich auch die Streitfrage, ob ein zu bestellendes Organmitglied „bei" Abschluß des Vertrages sich der Untreue schuldig machen kann. Ich halte es für verfehlt, wenn einige Schriftsteller konstruieren wollen, daß ein zu bestellendes Organmitglied bei Abschluß des Anstellungsvertrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes prüfen muß, ob es auch fähig ist, ein so verantwortungsvolles Amt zu übernehmen. Das Gesetz bietet hierfür keine Grundlage. Eine vertragliche Verpflichtung zur Treue besteht noch nicht. In der Praxis wird dieser Fall wohl selten eintreten: Die Aktiengesellschaften werden gewöhnlich in der Wahl der für den Posten eines Vorstands- oder sonstigen Organmitgliedes in Frage kommenden Personen an Hand von Zeugnissen und Empfehlungen sehr vorsichtig sein, so daß auch hier nur solche Personen z. B.

in den Vorstand gewählt werden, die auf Grund ihrer geschäftlichen Erfahrungen und Kenntnisse sich dazu eignen. (Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern geschieht in der Praxis nicht nach diesen Grundsätzen, sondern die Gesellschaft läßt sich mehr von gesellschaftlichen, familiären oder politischen Gesichtspunkten leiten.) Sollte aber die Gesellschaft im vollen Bewußtsein der Unfähigkeit einer Person für den Organ-Posten diese als Organmitglied bestellen und das Mitglied trotzdem aus dem obenerwähnten Grunde zur Verantwortung ziehen, so könnte sich der Belangte auf den Einwand der Arglist mit Erfolg berufen (vergl. Bauer a. a. O. S. 280).

Wem gegenüber sind aber die Organmitglieder verantwortlich, wenn die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, also noch nicht besteht? Aus § 190 HGB. geht hervor, daß nach Uebernahme aller Aktien durch die Gründer (sog. Simultangründung) oder nach Zeichnung des Grundkapitals (sog. Sukzessivgründung) in einer Generalversammlung der erste Aufsichtsrat und, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung zu geschehen hat, auch der erste Vorstand zu wählen ist. Obwohl die Gesellschaft noch nicht entstanden ist, haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates mannigfaltige Pflichten gegenüber der zukünftigen Gesellschaft zu erfüllen (vergl. § 204 HGB.). Auch hierbei ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. In der Literatur herrscht Streit darüber, welches Rechtsverhältnis zwischen dem ersten Vorstand und der Aktiengesellschaft besteht. Denn die Frage, ob ein Mitglied des Vorstandes gegenüber der noch nicht entstandenen Aktiengesellschaft Untreue begehen kann, hängt davon ab, ob ein auf Vertrauen beruhendes Vertragsverhältnis vorliegt. Pinner § 204 II, 3 meint, daß es sich hier nicht um die Verletzung einer rein kontraktlichen Verpflichtung handelt, da die Mitglieder des Vorstandes (auch für die Mitglieder des Aufsichtsrates gilt dasselbe) der noch nicht eingetragenen Gesellschaft in keinem Vertragsverhältnis zu dieser stehen, sondern um die Verletzung einer der kontraktlichen sich nähernden Verpflichtung. Lehmann-Ring § 204 Nr. 4 verneint überhaupt das Bestehen eines Vertragsverhältnisses: „Die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder prüfen nicht in Erfüllung einer Vertragspflicht, sie sind nicht zu einer Prüfung von der noch nicht bestehenden Gesellschaft angenommen; sie prüfen vielmehr, weil das Gesetz ihnen im öffentlichen Interesse zur Sicherung des Gründungsherganges diese Pflicht auferlegt. Die Haftung beruht auf außervertraglichem Verschulden". Man wird aber mit Makower § 204 III annehmen müssen, daß die Verantwortlichkeit in Anbetracht des Uebergangsstadiums der Gesellschaft gegenüber durch den Anstellungsvertrag begründet wird, daß die Haftung keine außerkontraktliche ist, sondern „aus dem bestehenden Vertrags- oder Beamtenverhältnisse folgt". Lehmann-Ring gibt selbst

zu (§ 204 Nr .1), daß, wenn Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder andere mit der Gründung zusammenhängende Obliegenheiten verletzen, sie nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 241, 249 HGB. haften. Der § 204 stellt aber nur eine Ausnahme zugunsten der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder fest, wonach in gewissen Fällen der Sorgfaltsverletzung (§§ 192, 193) ihre Haftung nur eine ergänzende sein soll. Liegt dennoch bei Pflichtverletzungen die Verletzung eines Vertrages vor, so kann dementsprechend Untreue nur nach Abschluß des Vertrages begangen werden.

Das Ergebnis ist also folgendes: Die Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes für ein Organmitglied beginnt mit dem Abschluß des Anstellungsvertrages, von diesem Zeitpunkt an kann es Untreue gegenüber der Aktiengesellschaft begehen, ganz gleichgültig, ob die Gesellschaft eingetragen ist oder erst eingetragen werden soll.

Zum Schluß dieses Abschnittes ist noch die Frage zu erörtern, bis zu welchem Augenblick untreue Handlungen von Organmitgliedern verübt werden können. Unter Hinweis auf die Ausführungen, die oben gemacht sind, wird man allgemein sagen können, daß Untreue gegenüber der Aktiengesellschaft nur solange begangen werden kann, als das Treuverhältnis zur Gesellschaft besteht. Ist ein Organmitglied aus seinem Amt ausgeschieden, so endigt damit seine Vertrauensstellung und eine besondere Pflicht zur Treue, wie sie die Bestellung als Organmitglied vorsieht, ist ihm nicht mehr auferlegt. Zwar kann ein ausgeschiedenes Mitglied der Gesellschaft verantwortlich sein und auch strafrechtlich belangt werden, wenn es die in seiner amtlichen Stellung gewonnenen Kenntnisse verwertet, um absichtlich die Gesellschaft zu benachteiligen. Aber diese Verantwortlichkeit stützt sich nicht mehr auf das Vertragsverhältnis, sondern es greifen die allgemeinen Bestimmungen des BGB. (z. B. § 826) oder unter Umständen die des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 9. 6. 09 Platz (vergl. Katz a. a. O. S. 10).

Die Gründe, die das Treuverhältnis der Organmitglieder gegenüber der Aktiengesellschaft auflösen, können ganz verschiedene sein. Abgesehen von den Fällen, die als Folge einer verübten Untreue eintreten können, wie z. B. Widerruf, Kündigung und Entlassung — diese werden später behandelt werden —, endigt das Bestehen des Vertrauensverhältnisses einmal dadurch, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, sei es durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit, sei es durch Beschluß der Generalversammlung, sei es durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft (§ 292 HGB.). Ferner dadurch, daß das Vermögen der Gesellschaft als ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaate oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird (sog. Verstaatlichung

§ 304 HGB.) oder an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen wird (sog. Fusion § 305 HGB.). Auch in den letzten beiden Fällen wird die Gesellschaft aufgelöst. Nach Eintragung der Auflösung in das Handelsregister (§§ 293, 304 Abs. 3 HGB.) endigt das Vertrauensverhältnis aller Organmitglieder. Untreue Handlungen können naturgemäß dann nicht mehr verübt werden.

§ 9. Die Folgen der Untreue

Begeht irgendein Organmitglied eine Handlung, die sich als eine Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft darstellt, so wird die Gesellschaft bestrebt sein, das ungetreue Mitglied von seiner weiteren Tätigkeit als Organmitglied auszuschließen und dieses von seinem Posten zu entfernen. Hierfür hat die Gesellschaft verschiedene Mittel, die sie je nach der Schwere der Verfehlungen anwenden kann.

a) Nach § 231 Abs. 3 HGB. ist die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung. Damit will das Gesetz sagen, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis unbedingt jederzeit entzogen werden kann (vergl. Staub § 231 Anm. 14). Mit der Ausübung des Widerrufsrechts endet aber nicht ohne Weiteres das Dienstverhältnis des Vorstandsmitglieds zur Aktiengesellschaft. Zwar wird die Abberufung als Vorstand meistens mit einer Kündigung des Anstellungsvertrages verbunden sein, aber notwendig ist dies nicht (vergl. JW. 1915, 653). Häufig wird z. B. ein Prokurist aus Zweckmäßigkeitsgründen vorübergehend zum Vorstandsmitglied bestellt, um dann vereinbarungsgemäß wieder in seine alte Stellung zurückzutreten. Hier wird das Dienstverhältnis von der Bestellung zum Vorstandsmitglied und dem Widerruf nur insoweit berührt, als der Betreffende, solange er Vorstandsmitglied ist, auch die Rechte und Pflichten eines solchen hat. Wird seine Bestellung zum Vorstandsmitglied widerrufen, so tritt er wieder in seinen Posten als Prokurist zurück. Sein Dienstverhältnis zur Gesellschaft wird also von dem Widerruf der Vorstandseigenschaft nicht berührt.

Die Ausübung des Widerrufsrechts steht im freien Belieben der Gesellschaft, es „beruht auf reiner Willkür" (vergl. Staub § 231 Anm. 15; vergl. auch LZ. 1912, 309). Auf die Widerruflichkeit kann auch nicht verzichtet werden (ROHG. 23, 329; RGZ. 3, 186). Infolgedessen kann ein Vorstandsmitglied nicht etwa auf das Fortbestehen seiner Vorstandseigenschaft trotz erfolgten Widerrufs klagen (ROHG. 14, 85). Das Gleiche muß auch für die Liquidatoren gelten, da ihre rechtliche Stellung der der Vorstandsmitglieder entspricht.

Für die Aufsichtsratsmitglieder bestimmt § 243 Abs. 4 HGB., daß die Bestellung zum Mitglied des Aufsichtsrates auch vor dem Ablauf des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden kann. Schon aus dem Fehlen der Worte des § 231 Abs. 3: „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" ist zu folgern, daß das Gesetz bei den Aufsichtsratsmitgliedern die Frage der Entlassung ausschließlich regeln wollte (vergl. Staub § 243 Anm. 8; Künzel a. a. O. S. 26; Cahn a. a. O. S. 100; a. M. Brand § 243, 6 d). Mit dem Widerruf endet daher zugleich das Dienstverhältnis des Aufsichtsratsmitglieds. Der Anspruch auf Vergütung entfällt. Der Beschluß der Generalversammlung, der den Widerruf enthält, braucht zwar nicht ausdrücklich den Widerruf auszusprechen, es genügt, daß der Widerruf sich nur klar aus den Umständen ergibt (RGZ. 83, 153). Mit diesem Beschluß endet das Treuverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zur Gesellschaft.

b) Wie jedes Vertragsverhältnis, so kann auch das der Organmitglieder gekündigt werden. Hierbei ist es von Bedeutung, ob dieses Vertragsverhältnis ein Auftrag oder ein Dienstvertrag ist. Da der Auftrag unentgeltlich ist, kann er jederzeit fristlos gekündigt werden, d. h. das betreffende Organmitglied verliert sofort seine Organmitgliedschaft. Anders bei Vorliegen eines Dienstvertrages. Es kommen hier im Wesentlichen die Vorschriften des BGB. in Betracht. Danach ist in der Regel eine Kündigungsfrist von 6 Wochen auf Schluß eines Kalendervierteljahres einzuhalten (§ 622 BGB.), insbesondere dann, wenn die Organmitglieder mit fester Vergütung angestellt sind. Dadurch, daß ein Mitglied außerdem noch Tantieme oder Provision bezieht, wird der Begriff der festen Vergütung nicht aufgehoben. Da wenigstens ein Teil der Bezüge fest ist, genügt dies zur Anwendung des § 622 BGB. Bezieht das Organmitglied aber nur Tantieme, so richtet sich die Kündigung nach § 627 BGB., da die Dienste der Organmitglieder Dienste höherer Art im Sinne des Gesetzes sind. In diesem Falle kann jederzeit gekündigt werden.

c) Jedoch kann immer das Dienstverhältnis mit sofortiger Wirkung gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 626 BHB.) Zwar entspricht dieser Paragraph dem § 70 HGB., der die Kündigung hinsichtlich der Handlungsgehilfen regelt, jedoch muß mit Rücksicht auf die besondere Stellung der Organmitglieder eine andere Beurteilung bezüglich der Umstände eintreten, die als wichtiger Grund zu betrachten sind. Die Stellung der Organmitglieder ist in viel höherem Maße als die eines Handlungsgehilfen eine Vertrauensstellung (W. 1914 Nr. 156). Infolgedessen bildet jeder erhebliche Vertrauensbruch, also Untreue, für die Gesellschaft einen Grund zur fristlosen Entlassung (vergl. ROHG. 21, 376; RGZ. 75, 233; LZ. 08 585; 1919, 212; Hold.-Mon. 20, 280).

d) Hand in Hand mit der Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 6 Wochen auf Schluß eines Kalendervierteljahres (die Parteien können jedoch frei andere Vereinbarungen über die Kündigungsfrist treffen) geht gewöhnlich die Suspension: das betreffende Mitglied bleibt Organmitglied, jedoch hat es sich jeder Tätigkeit als Organmitglied zu enthalten. Von dieser wird meist in den Fällen Gebrauch gemacht, in denen die Gesellschaft Unregelmäßigkeiten bemerkt hat, aber zum sicheren Nachweis dieser untreuen Handlungen Nachforschungen anstellen muß, die mitunter längere Zeit in Anspruch nehmen können. Während dieser Zeit bis zur Klärung der angeblichen oder wirklichen Unregelmäßigkeiten wird das Organmitglied seines Amtes enthoben. Ob sein Gehalt weiter gezahlt wird und in welcher Höhe, darüber wird das Gesellschaftsstatut gewöhnlich nähere Bestimmungen enthalten.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß die Organmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden haften, so ist diese Schadensersatzpflicht nicht die ursächliche Folge der Untreue, wie wir sie im § 2 dieser Abhandlung verstanden wissen wollen, sondern die Folge eines untreuen Verhaltens, verbunden mit dem Eintritt eines Schadens. Voraussetzung einer zivilrechtlichen Klage auf Schadensersatz ist demzufolge in erster Linie der Eintritt eines Schadens. Eine eingehende Erörterung über die Schadensersatzpflicht gehört daher nicht in den Rahmen dieser Arbeit, denn der hier gefundene Untreue-Begriff setzt den Eintritt eines Schadens nicht voraus. Es genügt der Hinweis auf diese Schadensersatzpflicht, da gewöhnlich aus einem untreuen Verhalten eines Organmitglieds auch ein Schaden für die Gesellschaft erwächst.